Mz 3 sehr selten 75.–

in der [illegible] Wien in den [illegible] des [illegible] unbekannt – δ24 δ22 ([illegible])

BIBLIOTECA UCM
5306941471
R. 2585
C
54.5.2.
KOE

Neue Revision

der

Grundbegriffe des Criminalrechts

von

C. R. Köstlin,

Doctor und Professor der Rechte.

Stolz

Tübingen, 1845.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Schluß des Buches, dessen Druck zu beginnen verschiedene Rücksichten geboten, wird — wo möglich — noch im Verlaufe des Jahres 1844, spätestens im Anfange des nächsten nachfolgen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Was der Verfasser über Zweck und Tendenz der vorliegenden Schrift etwa vorläufig zu bemerken hätte, findet sich in der einleitenden Vorbemerkung ausführlich dargestellt, da es bei der Tendenz dieses Buches gerathen schien, solches nicht blos rhapsodisch anzuführen, sondern dem Werke selbst als vorbereitende und für das Weitere die Stimmung angebende Introduktion einzuverleiben.

Daraus wird sich zugleich von selbst der Grund ergeben, der den Verfasser bestimmte, zunächst zum Behufe seiner Vorlesungen, bei welchen dem philosophischen Elemente nur ein sehr spärlicher Raum verstattet ist, diese ausführliche Arbeit zu unternehmen. Die Erfahrung hat es ihm zum Bedürfniß gemacht, den sogen. allgemeinen Theil des Strafrechts auf diese Weise zu behandeln und darauf eine Geschichte des positiven Strafrechts folgen zu lassen, worin gezeigt wird, wie der gleiche Stoff im römischen, kanonischen und deutschen Rechte sich bis zur Entwickelung der neuen Strafgesetzgebungen herab historisch ausgebildet hat. Diese Geschichte hofft er demnächst als zweiten Theil zu dem vorliegenden Werke nachliefern zu können. Als

dritter Theil wird endlich eine dogmatische Darstellung des Wirtembergischen Strafrechts, mit Hinweisung auf die verwandten und abweichenden Bestimmungen der übrigen neuen deutschen Strafgesetzgebungen folgen, da der Verf., in Uebereinstimmung mit Kanzler v. Wächter, es für zweckmäßiger hält, ein bestimmtes partikuläres Strafrecht zum Centrum zu machen, als aus allen partikulären Rechten zusammen eine Abstraktion zu liefern, bei welcher zuerst die dem Rechtsbegriffe vor Allem nöthige Bestimmtheit verloren gehen müßte, ganz abgesehen davon, daß eine gründlich gleichmäßige Behandlung aller partikulären Rechte, vorläufig wenigstens, zu den Unmöglichkeiten gerechnet werden muß.

Aus diesem Plane wird man ersehen, daß der Verf. es keineswegs darauf abgesehen hat, das spekulative Element auf Kosten des geschichtlichen zu bevorzugen. Er glaubt nur, daß man erst ein solides Fundament legen müsse, ehe man weiter darauf bauen will; und von einer wissenschaftlichen Behandlung ohne philosophische Grundlegung hat er keinen Begriff.

Tübingen, den 23. Okt. 1844.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Dem

scharfsinnigen und gelehrten Kommentator

des

Wirtembergischen Strafgesetzbuchs,

Herrn

Dr. C. F. v. Hufnagel,

Direktor des K. Gerichtshofs zu Tübingen, Ritter des Ordens der Würtemb. Krone,

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Digitized by

Aufriß des Systems,

zugleich als

Inhaltsübersicht.

Seite

Vorerinnerung 1

Einleitung 20

Begriffe des Rechts, des Unrechts, seiner Stufen, seiner inneren Nichtigkeit, und der Nothwendigkeit seiner Wiederaufhebung. §. 1—6.

Erster Theil.

Verbrechen und Strafe an sich. §. 7. 38

Erstes Kapitel.

Die Rechtsverletzung und ihre Wiederaufhebung . 40

Das Recht als Recht — in einer nach Art und Größe bestimmten Daseinsform, Objekt des Verbrechens; dessen Wiederaufhebung, Wiedervergeltung nach dem Princip des Werths. Unmittelbare Form: Rache, deren Mängel. §. 8—13.

Zweites Kapitel.

Die verbrecherische Handlung und die Tilgung der Schuld. §. 14. 51

Erster Abschnitt.

Die Genesis des verbrecherischen Willens 54

Universeller ethischer Standpunkt. Das reine Wesen des Willens. §. 15—17.

I. Der natürliche Wille. §. 18—19. 61

II. Der wissende Wille. §. 20—24. 65

Digitized by Google

Seite

A. Die Formen der Freiheit. §. 25. 70

1) Die reine Freiheit. §. 26—29. 71

2) Die Willkühr. §. 30—35. 75

3) Die absolute Freiheit. §. 36—38. 84

B. Die Formen der Nothwendigkeit. §. 39—41. 87

1) Die Natur. §. 42—44. 88

2) Das Kausalitätsgesetz. §. 45—47. 92

3) Der absolute Geist. §. 48—60. 96

III. Das Gewissen. §. 61—65. 125

IV. Resultat. 129

Ursprung des verbrecherischen Willens in der Willkühr oder Wahlfreiheit. Die menschliche Freiheit — die Grundlage der folgenden Untersuchung. §. 66—68.

Zweiter Abschnitt.

Die Handlung und die Schuld. 131

Das Verbrechen als schuldvolle Handlung. Begriff der Handlung und der Zurechnung. Verschiedene Beziehungen beider. §. 69—75.

I. Formelle Zurechnung 148

Beziehung der Handlung auf das äußere Dasein. §. 76—78.

A. Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit. §. 79. 80. 153

1) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels der freien Selbstbestimmung. . . . 156

Zweifelhafte und entschiedene Zustände der Unfreiheit. Noch nicht entwickelte, — wieder verlorene Freiheit. §. 81—85.

2) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels am Thatmoment. §. 86. 175

3) Aufhebung der Zurechnung wegen mangelnder Vermittlung zwischen Willen und That. 176

Aeußere Gewalt. Irrthum. Zufall. — Kritik andrer Ansichten über Freiheit und Unfreiheit. Die Handlung als Mischung beider Principien. §. 87—92.

B. Die beiden Seiten der Handlung, als Totalitäten für sich.

1) Die Subjektivität. §. 93. 223

Seite

a) Vorsatz und Zufall. §. 94—97. 223
b) Das Versehen. §. 98—103. 227
c) Die Absicht. §. 104. 105. 248
α) Direkte Absicht 251
Deren Natur und Arten (dolus determinatus, indeterminatus, Mischung von beidem. — dolus generalis). Verhältniß des Irrthums zum dolus. §. 106—110.
β) Indirekte Absicht 293
Luxuria und impetus im Gegensatz der blos äußerlichen Konkurrenz von dolus und culpa (culpa dolo determinata). Kritik andrer Ansichten über die Schuldlehre. Beweis des dolus und der culpa. §. 111 bis 112 a. —
γ) Materielle Absicht (Zweck). §. 113. 333
2) Die Objektivität. §. 114. 335
a) Die abstrakte Wesentlichkeit der objektiven Seite. §. 115—117. 336
b) Der Versuch. §. 118—124. 339
Momente seines Begriffs: a) dolus. §. 119. S. 340. — b) das Thatmoment (Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten). §. 120. S. 353. c) Beziehung des Willensmoments auf das Thatmoment. α) In der Absicht muß der Thatbestand vollkommen liegen. β) Anfangspunkt des Versuchs. γ) Freiwilliges Abstehen davon. §. 121. S. 376. — Geringerer Schuldgrad des Versuchs. Seine Gradationen. §. 122. S. 401. — Beendigter Versuch. §. 123. S. 410. — Geringere Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen. §. 124. S. 428.
c) Die Vollendung. §. 125—128 434
C. Die Handlung als vermittelte Einheit der objektiven und subjektiven Seite. 447
Ein Verbrechen kann nur von einem Individuum begangen werden. Kausalitätsverhältniß eines freien Subjekts zu seiner Handlung und dessen Formen. §. 129. 130.
a) Die Urheberschaft 450
Momente. a) Princip der Handlung in der freien Selbstbestimmung. b) Kausalzusammenhang. c) Selbstzweckfein. §. 131—133.
b) Die Beihilfe und die Anstiftung §. 134. . . . 464
Wesen der Beihilfe. §. 135. S. 465. — Begünstigung. §. 136. S. 479. Arten der Beihilfe. §. 137. S. 482. —

Digitized by Google

Seite

Verhältniß derſelben zu andern Schuldunterſchieden (dolus und culpa, Vollendung und Verſuch). §. 138. S. 502. — Weſen der Anſtiftung. §. 139. S. 509. — Wahre und blos ſcheinbare Anſtiftung. §. 140. S. 510. — Nothwendigkeit des dolus. §. 141. S. 513. — Arten der Anſtiftung. §. 142. S. 514.

c) Die Miturheberſchaft. §. 143. 144. 517

1) Intellektuelle Miturheberſchaft. §. 145—148. 521

Dieſelbe als vollendet oder verſucht §. 145. S. 521. — Strafbarkeit der wirkſamen Anſtiftung §. 146. S. 534. — Der ganz oder relativ unwirkſamen §. 147. S. 543. — Auflöſung des Verhältniſſes von Seiten des Anſtifters. §. 148. S. 561.

2) Zufällige phyſiſche Miturheberſchaft. §. 149. 562

3) Das Komplott. §. 150. 151. 577

II. Materielle Zurechnung. §. 152—155 591

Verhältniß der Handlung zum eigenen und fremden Wohl. Eine materiell gute Abſicht kann ein Verbrechen nicht rechtfertigen. §. 152. 153. — Das Nothrecht. §. 154. S. 596. — Uebergang zum Folgenden. §. 155.

III. Allgemeine Zurechnung. §. 156. — 607

Verhältniß der Handlung zur Subſtanz des Willens §. 156. — Rechtliches Gewiſſen. Kann religiöſer Wahn ꝛc. ein Verbrechen rechtfertigen? §. 157. 158. — Rechtsunwiſſenheit. §. 159. S. 612.

Dritter Abſchnitt.

Die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld. §. 160—165. 626

Züchtigung. Abſchreckung. Prävention. Beſſerung.

Drittes Kapitel.

Die verbrecheriſche Handlung und die Strafe. — Nothwendigkeit eines äußeren Daſeins für das Recht. Geſetz und Pflicht. Zwangsweiſe Verwirklichung des Rechts. §. 166—169. 639

Erſter Abſchnitt.

Das Geſetz und die geſetzwidrige Handlung. §. 170. 645

I. Das Recht als Geſetz. §. 171. 172. 645

1) Das Geſetz. §. 173. 650

Verhältniß der Philoſophie zum poſitiven Recht.

2) Das Daſein des Geſetzes. §. 174. 654

Seite

Gewohnheitsrecht. Förmliches Gesetz.

3) Die Rechtspflege. §. 175. 656

II. Die gesetzwidrige Handlung. §. 176. 657

1) Die objektive Gesetzesübertretung. §. 177. 178. 658

Nullum crimen sine lege. Verhältniß des Gewohnheitsrechts zum förmlichen Gesetz. §. 177. Kein Verbrechen, wenn die Handlung vom Gesetze geduldet, geboten, oder dem Gegenstande derselben vom Gesetze diejenige Eigenschaft entzogen ist, wodurch der Begriff des Verbrechens bedingt ist. §. 178.

2) Die subjektivgesetzwidrige Handlung. §. 179. 668

Kriminalistische Nichtverantwortlichkeit der Unmündigen und überhaupt der geistig Unreifen. Behandlung der Jugend im positiven Rechte.

3) Die gefährliche Handlung. §. 180—184. . . . 675

a) Bedeutung des Moments der Gefährlichkeit überhaupt. Successive Ordnung der Abschreckungs- und der Besserungs-Tendenz. §. 181. — b) Geringere Strafbarkeit der Verbrechen, die Jemand an sich selbst oder an einem Einwilligenden begeht. §. 182. — c) Begriff des Polizeivergehens. Ueber die Polizei überhaupt, und die Rechtspolizei insbesondere. §. 183. 184.

III. Der Staat. §. 185. 186. 703

1) Allgemeinheit u. Ausschließlichkeit der Rechtspflege. §. 187—191. 705

Unterschied der Strafrechtspflege von der bürgerlichen. §. 187. Ausschließung der Privatrache. Antinomie, deren Lösung im Rechte der Nothwehr liegt. §. 188. — Lehre von der Nothwehr. §. 189—191.

2) Die Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat. §. 192—194. 736

a) Princip der Territorialität. Bestrafung der im Inland oder Ausland verübten Verbrechen. §. 192. — b) Dauer der Strafgesetze. Anfang, Ende, Rückwirkung §. 193. c) Auslegung und Anwendung der Strafgesetze. §. 194.

3) Die korrektive Strafgerechtigkeit. §. 195. 196. 759

Kirche. Familie. Schule. Besserungsprincip.

Zweiter Abschnitt.

Die Strafe. §. 197. 764

1) Der Begriff der Strafe. §. 198—200. 766

a) Das abstrakte Moment der objektiven Gerechtigkeit (Wiederherstellung des Rechts aus seiner Negation). Kritik

Digitized by Google

Seite

der moralischen und privatrechtlichen Wiedervergeltungstheorieen (Jakob, Abicht, — Schulze, die Kantische Schule, Borst, Welcker, Richter, Luden). §. 198. S. 766. b) Nothwendigkeit der subjektiven Aufhebung des Verbrechens. §. 199. S. 774. c) Verhältniß zwischen der objektiven und der subjektiven Seite der Strafe. Bemerkungen über die objektiv-idealistischen Systeme aus der Schellingischen Schule. §. 200. S. 775.

2) Die Strafzwecke. §. 201—204. 781

a) Der objektive Zweck. §. 202. S. 783. — b) Die subjektiven Zwecke. §. 203. S. 786. c) Die Beziehung auf den Staat. §. 204. S. 787. — Kritik der sogenannten relativen Strafrechtstheorieen. 1) Dogmatische Periode. Grotius und Wolfische Schule. 2) Periode der Reflexion. a) Die schottischen Idealisten u. Skeptiker. b) Der Materialismus. Hobbes, Locke, Rousseau, Beccaria, Filangieri, Romagnosi, Bentham. c) Kriticismus in Deutschland. Kant. — 3) Spekulativer Idealismus, zunächst als subjektiver. Feuerbach, Grolman, Fichte, Schulze, Martin, Gros, die Besserungstheorie, Wirth.

3) Das Princip der Strafe. §. 205—207 819

Kritik der Systeme von Rossi, Lukas, Cousin, Lerminier, Mamiani, Mancini, Baroli, Poli, Carmignani, Rosmini u. A.

Dritter Abschnitt.

Anwendung der Strafe auf das Verbrechen. §. 208 bis 221 850

I. Verhältniß der Strafe zum Verbrechen. §. 209-215. 851

A. Die Strafgesetzgebung. §. 210. 853

B. Die Strafrechtspflege. §. 211—214. 857

a) Gebunden an das Gesetz, als absolute Norm, b) dabei keine selbstlose Maschine, sondern c) bestimmt, den Geist der Gesetzgebung lebendig zu machen. Lehre von der Strafzumessung und den Schärfungs- und Milderungs-Gründen, von der Verbrechenskonkurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen.

C) Die Schranken der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt. §. 215. 898

II. Tod und Verjährung. §. 216. 217. 899

III. Begnadigung. §. 218—221. 919

Schlußbemerkung 935

Digitized by Google

Vorerinnerung.

Wenn im folgenden eine Revision der Grundbegriffe des Strafrechts unternommen wird, so mag der Titel immerhin an das berühmte Werk des großen Kriminalisten erinnern. Nicht als ob der Verfasser seine Kräfte überschätzend, sich jenem an die Seite setzen wollte; sondern insofern, als in dem zeitlichen Entwicklungsstadium der Wissenschaft ähnliche Vorbedingungen zu einem solchen Unternehmen zu liegen scheinen, wie es zur Zeit der Fall war, als Feuerbach mit der gedachten Schrift hervortrat.

Damals handelte es sich davon, der durch Kant begründeten und durch Fichte ausgeführten Grundansicht über göttliche und menschliche Dinge auch in die Rechts- und besonders die Strafrechtswissenschaft Eingang zu verschaffen und diese hiemit in das Ganze eines alles Wissen umfassenden Systems als Glied einzuführen. Bedenkt man den damaligen Zustand der kriminalistischen Doktrin, so leuchtet die Kühnheit und Verdienstlichkeit des Unternehmens ein. Zwar hatte bereits Kant selbst in seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtswissenschaft eine Grundlegung des Rechts und namentlich auch des Strafrechts gegeben; es hatten die dortigen Aussprüche des großen Denkers bereits Nachbeter und Jünger gefunden. Aber einerseits ist es heutigen Tags jedem Kundigen klar [1]), daß eben die Kantischen Aussprüche

1) Schon i. J. 1799 hat dies Feuerbach ausgesprochen. Revision I. S. 35. Anm.

über das Strafrecht, so tief sie an sich sind, doch mit den Principien seiner Philosophie überhaupt keineswegs harmonirten, ja mit denselben in geradem Widerspruch standen, daher auch alle diejenigen, die mit Berufung auf Kant sogenannte absolute Strafrechtstheorieen aufstellten, ein von vornherein erfolgloses Unternehmen versuchten und den breiten Platz nicht verdienen, der ihnen noch in unsern Tagen in eigenen Schriften über die Geschichte der Philosophie des Strafrechts, wie in den Lehrbüchern bei Gelegenheit der Darstellung der Strafrechtstheorieen eingeräumt zu werden pflegt. Andrerseits waren alle diese Darstellungen selbst Neuerungen, die bei den damaligen Juristen von Profession in ebensoschlechtem Kredit standen, als wenn sie besser gewesen wären. Die Doktrin des Tags beruhte vielmehr damals auf der bekannten, pedantisch seichten, behaglich aufgeklärten, mit ihrer eigenen Oberflächlichkeit liebäugelnden Weltansicht, wie sie sich als Produkt der Wolffischen Formular- und Popularphilosophie über die gebildete Welt ausgebreitet hatte.

Feuerbach war es nun, der den entscheidenden Wurf that, indem er die wahre Konsequenz der Kantischen Gedanken energisch aussprach und zum System ausführte. Er gerade, mit seiner Freiheitslehre, worauf er die Theorie vom psychologischen Zwange gründete, hatte das punctum saliens getroffen, womit die Wissenschaft des Strafrechts zu einem ächten Ausfluß derjenigen Philosophie wurde, welche damals die vorwärtsschreitenden Geister bewegte und Jahrzehnte nachher als öffentliche Meinung in die Masse durchdrang. Zwar pflegt dies in den herkömmlichen Darstellungen der Strafrechtstheorieen nicht anerkannt zu werden. Nur Abegg und Roßhirt, unseres Wissens, sprechen die epochemachende Bedeutsamkeit Feuerbachs mit Entschiedenheit aus, während sonst die Darstellung der Feuerbachischen Lehre unter der Menge der relativen Theorieen nur eben auch so mitläuft. Allein das ist

Digitized by Google

eben die leidige Folge davon, daß man bei den fraglichen Darstellungen noch immer den Gebrauch hat, nach ganz äusserlichen, entweder bloß formalistischen, oder gar chronologischen Eintheilungsprincipien zu verfahren, während man doch endlich gelernt haben sollte, daß die Geschichte der Philosophie, somit auch die der Philosophie des Strafrechts als Geschichte eines organischen Lebens behandelt werden muß. Wer nun die seit fünfzig Jahren erschienenen Strafrechtstheorieen in diesem Sinne betrachtet und in ihrem Zusammenhang mit der allgemeinen Geschichte der Philosophie durchdacht hat, für den ist Feuerbach nicht bloß der leicht abzufertigende Erfinder einer relativen Theorie neben einer ganzen Reihe andrer scharfsinnigen Leute; vielmehr verehrt er in ihm, wenn er gleich — oder vielmehr gerade weil er die Feuerbachische Lehre für eine in ihrer Totalität schneidend einseitige und unwahre erkennt, gleichwohl den kühnen und großartigen Begründer einer neuen Epoche für die Philosophie des Strafrechts, der für seine Zeit selbst vor Fichte den Vorrang gewann, und nur an Grolman einen Nebenbuhler hatte.

Will man aber auch von dieser philosophischen Bedeutung Feuerbachs absehen, so ist doch so viel gewiß und allgemein bekannt, daß seine Ansichten fast bis in unsre Tage herab die Praxis beherrscht haben, ja daß sie, wenn auch nicht in ihrer scharfen Einseitigkeit, ein sehr bedeutendes Ingrediens der neueren Strafgesetzbücher geworden sind, und zwar auch derer, die den Feuerbachischen Ursprung ihrer Grundsätze zu ignoriren sich das Ansehen geben.

Wenn nun aber gleich selbst diese neuen Gesetzbücher, nach denen fortan eine neue Praxis sich bilden wird, noch als Niederschläge Feuerbachischer Gedanken zu betrachten sind, so muß doch anerkannt werden, daß die von Feuerbach begründete Epoche ihr Ende erreicht hat. Und eben darin

liegt der Grund, warum jetzt eine neue Reviſion der Grundbegriffe der Strafrechtswiſſenſchaft am Platze iſt.

Gerade dies, daß die Feuerbachiſche Anſicht aus der Schule in's Leben übergetreten und Gemeingut der allgemeinen Bildung geworden iſt, muß als Zeichen betrachtet werden, daß ſie ſich wiſſenſchaftlich überlebt hat. In der That zeigt ſich dies auch nach einer doppelten Richtung hin. Einmal iſt es nämlich bekannt, daß die von Feuerbach zuerſt mit philoſophiſcher Dignität hingeſtellte Tendenz [1]), das Strafrecht auf einen Zweck zu gründen, nach und nach eine Menge ähnlicher Verſuche hervorgerufen hat, wodurch andre relative Momente der Strafe an's Licht gezogen wurden, und zwar eben ſo viele, daß ſich kein weiteres mehr auffinden läßt. Es war natürlich, daß ſich dieſe verſchiedenen relativen Theorien untereinander befeindeten; es iſt aber ſchon ſonſt bemerkt worden, wie ſie gerade in der Vollſtändigkeit ihrer Zahl ebenſo die Aufhebung ihrer Einſeitigkeiten, als die Anerkennung ihrer Wahrheit in ihrer Totalität erfahren. Ja, nicht nur andre relative Theorien ſind der Feuerbachiſchen gefolgt, ſondern unter den zur Vollſtändigkeit der Entwicklung nothwendigen iſt auch ein Ueberfluß von ſolchen aufgetaucht, die vom einen dies, vom andern jenes nahmen, — ganz zu ſchweigen von denen, die den auf Gedanken unmöglich zu reducirenden Verſuch machten, die von Kant aufgeſtellte ſogenannte abſolute Theorie mit einer oder gar mehreren relativen Theorien zuſammen zu leimen. Zeigt ſich ſomit die Feuerbachiſche Periode auf der einen Seite als eine vollſtändig erſchöpfte, in dem doppelten Sinne, daß ſie Alles herausgeſetzt hat, was in ihrem Principe lag, und daß ſie eben hierüber in Erſchöpfung verfallen iſt, ſo entſpricht

---

1) Die oft wiederholte Behauptung, daß Feuerbach in der Sache ſelbſt nichts Neues geſagt habe, zeugt nur davon, daß die, welche ſie ausſprechen, kein ſpekulatives Bewußtſein haben.

nun andrerseits diesem Vergehen auch ein Entstehen. Die Wissenschaft nämlich hat die gedachte Periode der Erschöpfung nicht abgewartet, sondern schon ziemliche Zeit vorher für eine neue positive Geburt gesorgt, welche in Hegels Rechtsphilosophie hervortrat.

Zwar ist nun die epochemachende Bedeutung dieser Philosophie bei den meisten Juristen in unsern Tagen noch eben so wenig zum Bewußtsein gekommen, als dies zu Feuerbachs Zeiten mit der Kantischen der Fall war. Im Gegentheil findet man in den mehrgedachten Darstellungen der Strafrechtstheorien in der Regel die Hegel'sche mit den Aeußerungen Kants und seiner unmittelbaren Nachtreter nur ebenso zusammengestellt, als suchten beide Philosophen denselben Inhalt nur in verschiedener Form darzustellen; und Herr Henrici[1]) ist noch überdies der Meinung, daß sich die Lehre Hegels niemals eines solchen Einflusses auf die Praxis zu erfreuen haben werde, wie sich dessen die Kantische zu rühmen gehabt habe. Allein solche Ansichten beweisen nur die Unzulänglichkeit ihrer Urheber in philosophischen Dingen und ihre Unfähigkeit, Gedanken in ihrem Werthe eher zu erkennen, als sie nicht in die allgemeine Bildung übergegangen und zur Scheidemünze leichtfaßlicher Vorstellungen ausgeprägt worden sind.

Daß nun aber mit der letzten entschiedenen Gestaltung der Philosophie in der That eine neue Epoche auch für die wissenschaftliche Begründung des Strafrechts eingetreten sei, dafür genügt es, auf den Hauptpunkt hinzuweisen, — auf die neugewonnene Einsicht in das Wesen des Staates. Wirklich ist es ein erfreuliches Zeichen, daß diese Einsicht, so sehr man auch von verschiedenen Seiten her gegen ihren Begründer zu eifern gewohnt ist, doch täglich mehr ins gemeine Bewußtsein sich einzuleben anfängt, womit die Empfänglichkeit für die

1) Ueber die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips. 2te Aufl. S. 60. Vgl. Hepp Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtstheorieen. 2te Aufl. Vorrede. S. VII.

dadurch bedingte Auffassung des Strafrechts von selbst sich verbreitet. Freilich gehört zu dem Vielen, was die herkömmlichen Darstellungen der Strafrechtstheorieen in der Regel vermissen lassen, auch dies, daß auf jenen Hauptpunkt meist am wenigsten oder gar keine Rücksicht genommen wird, was freilich mit davon herrührt, daß die meisten Verfasser solcher Darstellungen noch selbst innerhalb des Kantischen Gedankenkreises stehen oder Eklektiker sind, und deshalb entweder bei den früheren Strafrechtstheorieen kein Bedürfniß fühlen, einen Punkt zu untersuchen, den sie mit den Begründern dieser Theorien gemein haben, der sich ihnen auch wohl von selbst zu verstehen scheint, oder aber im zweiten Falle nicht einmal ahnen, daß die Ansicht über das Wesen des Staates gerade der Hauptpunkt ist, von dem aus allein eine wahre Strafrechtstheorie (d. h. eine wirklich gedachte, nicht bloß, wie es allerdings mehrere giebt, in zusammengewürfelten Vorstellungen sich herumtreibende) verstanden und beurtheilt werden kann.

Jedem Denkenden ist es nun klar, daß — mit Ausnahme der schon berührten Kantischen Darstellung und ihrer Filialausführungen — fast alle bis in die neuere Zeit hervorgetretenen wahrhaften Strafrechtstheorieen ganz und durchaus in der Kantisch-Fichtischen Ansicht vom Staate wurzeln, in der Ansicht nämlich, welche, die Substantialität des Staats nicht anerkennend, denselben zum Produkt des Ichs und dieses zur Allgemeinheit macht. Auch die Eklektiker, die sich über das Wesen des Staats nur nebenher aussprechen und diesen als gegeben annehmen, ruhen endlich durchgängig auf jenem Resultate des subjektiven Idealismus, welches auch in der That bis in die neuere Zeit herein die Vorstellungen der meisten Gebildeten beherrscht hat. Eben nur in jener Ansicht von Recht und Staat überhaupt liegt der Schlüssel zu den Begründungen des Strafrechts, wie wir sie von Fichte, Feuerbach, Grolman, Gros u. A. haben. Aber freilich sieht man nur zu häufig

dieſes Licht unter den Scheffel geſtellt, und vor dem abgedroſchenen Gerede über relativ und abſolut, Rechtsgrund und Zweck, oder, wie man neuſtens vollends variirt, nächſtem Zweck, Mittelzweck und Endzweck, und was dergleichen untergeordnete Geſichtspunkte mehr ſind, vergißt man gerade das, was einem zuerſt einfallen ſollte!

Sobald man dem Staate die Subſtantialität abſpricht und ihn zu einem Produkte des Ichs macht, oder, um den prägnanten Ausdruck Fichtes zu gebrauchen, ſobald man das Recht als einen bloß techniſch-praktiſchen Begriff nimmt, ſo verſteht es ſich ganz von ſelbſt, daß man auch das Strafrecht nur aus dem Vertragsprincip ableiten und die Strafe nicht als eine an und für ſich ſeiende, ſondern nur als eine relative, d. h. durch einen anderweitigen Zweck bedingte Nothwendigkeit rechtfertigen kann. Zwar pflegt man, wenn von der Ableitung aus dem Vertragsprincipe die Rede iſt, in der Regel nur an Fichte und ſeinen Abbüßungs- und Beſſerungsvertrag zu denken, während einem bei dem andern Moment der Zweckbeziehung, Feuerbach, Grolman u. ſ. w. auf die Lippen kommen. Allein auch Feuerbach z. B. deducirt ganz nur aus dem Vertragsprincip, wenn er ſich bemüht, die Vereinbarkeit der Strafandrohung mit der rechtlichen Freiheit der Individuen nachzuweiſen; andrerſeits liegt in Fichtes Theorie das Zweckmoment nur etwas weniger handgreiflich zu Tage, als bei den Uebrigen. Eben deshalb aber, weil die ſogenanten relativen Theorien ſo weſentlich auf der Theorie vom Staatsvertrag beruhen, leuchtet auch die Verkehrtheit ein, welche darin liegt, wenn man Kants Begründung des Strafrechts gutmüthig neben ſeiner Grundanſicht vom Staate hinnimmt, als wäre beides in voller Harmonie, wie dies neuſtens wieder Henrici gethan hat, oder wenn man gar, wie derſelbe thut, dieſe Grundanſicht (wenn auch mit unweſentlichen Modifikationen) adoptirt und darauf die abſolute Nothwendigkeit der Strafe propft, ohne

Digitized by Google

einzusehen, daß eins der beiden Momente nothwendig das andre zum Fenster hinauswerfen muß.

So sehr nun aber jene Grundansicht des subjektiven Idealismus von Recht und Staat bisher die Menge beherrscht hat und größtentheils noch beherrscht, so gewiß ist es andrerseits, daß die Wissenschaft darüber hinausgeschritten ist, und es ist nicht das geringste Verdienst der historischen Schule, daß sie diese Umwandlung vorbereitet und, wenn auch wider Willen, befördert hat. Man hat gelernt, den Staat für etwas mehr anzusehen, als eine bloße Rechts- und Sicherheitsassekuranzanstalt, und selbst diejenigen, welche seine substantielle Natur nur in der noch rohen Form der Naturwüchsigkeit begreifen, befinden sich doch bereits auf einem von dem Kant-Fichtischen durchaus verschiedenen Standpunkt. Ihre wissenschaftliche Begründung aber hat diese Differenz nur in dem objektiven Idealismus der neueren Philosophie erhalten, die mit aller Entschiedenheit den Staat als Selbstzweck hinstellte, ja in der ihr durch Hegel gegebenen Form die Substantialität des Staats mit einer solchen Uebertreibung verfocht, daß es jetzt vielmehr nothwendig scheint, diesen Staatsabsolutismus sowohl den Berechtigungen andrer objektiv-sittlichen Mächte, als den wohlbegründeten Ansprüchen der subjektiven Freiheit gegenüber wieder auf das richtige Maß zurückzuführen.

Schon um des letzteren Zweckes willen ist es an der Zeit, eine Begründung des Strafrechts auf der Grundlage der neueren Philosophie aufzustellen, dabei aber die Abstraktion des objektiven Idealismus abzuthun und denjenigen Momenten ihr Recht wieder zu geben, welche bei Hegel zu kurz gekommen sind. Denn gerade in dieser Richtung können auch die Abegg'schen Schriften, die sich unmittelbar an Hegel anlehnen, nicht völlige Befriedigung gewähren. Aber auch abgesehen hievon können wir durch die, übrigens in so manchem Betracht verdienstlichen Bemühungen des ebengenannten

würdigen Gelehrten unſer Unternehmen nicht für überflüſſig gemacht anſehen, da, wie ſich unten näher ergeben wird, ſeine Darſtellung der Strafrechtswiſſenſchaft die neuere Philoſophie oft mehr wie einen Schmuck an ſich trägt, als daß ſie für ein völlig durchgearbeitetes Erzeugniß derſelben gelten könnte. Gleichwohl iſt es für die Empfänglichkeit des juriſtiſchen Publikums in Anſehung der neueren Philoſophie wiederum ein ſehr gutes Zeichen, daß die neuere kriminaliſtiſche Literatur in ihren würdigſten Organen ſich ſo vielfältig beeifert, eben diejenigen unter den von Abegg zu Markte gebrachten Anſichten mit Anerkennung hervorzuheben, welche ſeiner näheren Vertrautheit mit Hegel ihren Urſprung verdanken.

Dient uns aber Abegg unmittelbar als Vorgänger, ſo dürfen wir uns auch andrer Vorarbeiten erfreuen, welche, wenn auch weniger unmittelbar, dazu dienen, unſerm Unternehmen Eingang zu verſchaffen. Dahin rechnen wir aber vornämlich die mehrfachen in neueſter Zeit aufgeſtellten ſogenannten Gerechtigkeitstheorieen, beſonders die Arbeiten von Mittermaier, Luden[1]) u. A. welche, wenn ſie auch zunächſt nur als Erzeugniſſe eines verſtändigen Räſonnements auftreten, gleichwohl geeignet ſind, in Beziehung auf die weſentlichen Reſultate dem hier methodiſch aufzurollenden Gedankengang die Aufmerkſamkeit und Gunſt denkender Rechtsgelehrten zuzuwenden; ebenſo die zunächſt dem poſitiven Rechte gewidmeten, aber mannigfach vom Geiſte der neueren Philoſophie berührten Schriften von Heffter und Marezoll u. A.

Eben hiemit iſt denn bereits ausgeſprochen, daß wir keineswegs der Meinung ſind, dem Publikum ein dem Inhalt nach durchaus neues Werk vorzulegen. Im Gegentheil hoffen

---

1) Die Theorieen von Wagner, Hanke u. A., die der Schelling'ſchen Philoſophie ihren Urſprung verdanken, gehören in Eine Kategorie mit der Hegel'ſchen.

wir, daß der denkende Leſer in den Reſultaten ſich ganz vertraut und heimiſch finden werde, weil wir eben nur die Natur der Sache für ſich ſelbſt ſprechen zu laſſen im Sinne haben. Dagegen wird freilich die Form eine andre ſeyn müſſen, als ſie in den gewöhnlichen Darſtellungen des allgemeinen Theils vom Strafrechte ſich findet. Und eben die andre Methode wird denn freilich nicht ſelten auch den Inhalt theils in neuem Lichte erſcheinen laſſen, theils zu Konſequenzen entwickeln, die hergebrachten Annahmen widerſprechen mögen. Will nun Jemand nach dieſer Erklärung den Titel der Schrift übertrieben oder — nach der beliebten Ausdrucksweiſe derer, die jeden direkten oder indirekten Angriff auf ihre Theorie für einen perſönlichen nehmen, — anmaßend nennen, ſo mag er das halten, wie er will; uns zeigt er dadurch, daß er keine Ahnung davon hat, wie ein durch ſyſtematiſches Denken gerechtfertigtes Reſultat ein weſentlich anderes iſt, als ein empiriſch aufgenommenes oder aus hin- und herfahrenden Reflexionen abſtrahirtes.

Gerade dem Bedürfniſſe einer ſyſtematiſchen Durchführung des Princips können aber auch die zuvor erwähnten Gerechtigkeitstheorien nicht genügen, ſchon deshalb, weil ſie ſich ſelbſt nicht für Erzeugniſſe einer ſpekulativen Betrachtungsweiſe ausgeben und überdies in der Regel mit der Beantwortung einiger willkührlich herausgegriffenen Hauptfragen ſich begnügen, wenn ſie nicht etwa gar ausdrücklich eine ſolche Beſchränkung als nothwendig und mithin die Unmöglichkeit einer vollſtändigen konkreten Durchführung des Princips behaupten. Wenn dagegen z. B. v. Preuſchen allerdings ſich auch auf einzelne beſondere Materien des allgemeinen Theils einläßt, ſo iſt zu bedauern, daß gerade dieſe Darſtellung mehr, als andre, dem Vortheil des methodiſchen Denkens entſagt und dafür in einem rhapſodiſchen Verfahren ſich gefällt. Freilich kann es denn auch bei genauerer Betrachtung der fraglichen Theorieen nicht

Digitized by Google

entgehen, daß ſie ſelbſt zuletzt auf einer eklektiſchen Anſicht beruhen und aus dem Streben hervorgegangen ſind, die alte und neue Staatsanſicht möglichſt leidlich zu einem Ganzen zu verbinden, und hiemit den unbequemen Streit der Strafrechtstheorieen mehr bloß zu beruhigen, als zu einer energiſchen Entſcheidung zu bringen. Sie ſtehen damit in der Doktrin ungefähr auf demſelben Standpunkt, den in der legislatoriſchen Praxis die neuen Geſetzgebungen einnehmen. Abegg bemüht ſich bekanntlich, wiederholt nachzuweiſen, daß auch dieſe Geſetzgebungen wenigſtens unbewußt oder ſtillſchweigend vom Prinzipe der Gerechtigkeit ausgehen; gleichwohl erfährt er damit vielfältigen Widerſpruch. Und in der That haben hier die Streitenden auf beiden Seiten Recht und Unrecht. Denn einerſeits liegt allerdings jenen Geſetzgebungen, eben wie jenen auf das Gerechtigkeitsprincip fußenden Theorieen, das Beſtreben zu Grund, mittelſt der Appellation an das natürliche Gefühl, welches ſich endlich doch durch alle Reflexionen Bahn macht, den Streit der Strafrechtstheorieen von ſich wegzuſchieben oder ſich als die Verſöhnung der in jenen hervortretenden verſchiedenen Principien hinzuſtellen. Andrerſeits iſt es aber eben ſo wahr, daß dieſe Verſöhnung nur eine ſcheinbare und oberflächliche iſt, während unter der Oberfläche der vermeintlich beſchwichtigte Streit immer noch fortgährt, und eben deshalb es nicht ſchwer iſt, in den fraglichen Geſetzgebungen auch wieder allerlei Elemente der Abſchreckungs-, Sicherungs-, Beſſerungs- und andrer Theorieen zu finden. Der Grund liegt darin, daß dieſe Geſetzgebungen, wie jene vermittelnden Theorieen, von einer äußerlichen und mechaniſchen Vermittlung dasjenige erwarten, was nur einer inneren oder organiſchen gelingen kann. Zwar hat Abegg wiederholt die ganz richtige Behauptung ausgeſprochen, daß in dem Syſteme der gerechten Wiedervergeltung auch die Principien der relativen Theorieen, zwar in ihrer ausſchließlichen Einſeitigkeit aufgehoben, wohl aber

in ihrer Wahrheit als Momente erhalten seien. Allein diese Behauptung erhält nur dann Gewicht, wenn sie nicht bloß Behauptung bleibt, sondern ihre dialektische Genesis auch nachgewiesen wird, ein Bedürfniß, das in der kriminalistischen Literatur seine Erfüllung noch nicht gefunden hat. Noch weniger kann aber eine Gerechtigkeitstheorie leisten, die auch nicht einmal das Bedürfniß eines solchen organischen Processes in Beziehung auf die vorhergegangenen Strafrechtstheorieen fühlt, sondern sich entweder als eine besondere neben diese, oder zwar über sie stellt, jedoch ohne die spekulative Kritik, die hiezu allein das Recht geben kann. Das Gerechtigkeits-princip bleibt dann nothwendig ein formalistisches und leeres, und der Vorwurf der Unfruchtbarkeit, der dagegen erhoben wird, ist nicht wohl abzuweisen. Aber nicht nur unfruchtbar bleibt das Princip, sondern es wird auch zum bequemen Deck-mantel, unter welchem die relativen Strafrechtsprincipien sich alsbald wieder einnisten und ihr Wesen treiben, wie zuvor. Dies ist die ganz natürliche Folge eines Verfahrens, das von Gegensätzen nur zu abstrahiren, nicht aber sie zu überwinden weiß. Ueberwunden können die relativen Theorieen nur dann werden, wenn sie in der dialektischen Entwicklung der absoluten Theorie selbst ihr Unrecht und ihr Recht erfahren.

Indessen sind auch solche äußerlichen Vermittlungen voll-ständig hervorgetretener divergirender Principien, wie sie in den gedachten Theorieen und in den neuen Strafgesetzgebungen vorliegen, jedesmal wenigstens ein Zeichen dafür, daß eine wissenschaftliche Periode zum Abschluß reif und der dieselbe beherrschende einseitige Gedanke erschöpft ist. Eben dann aber tritt die Nothwendigkeit ein, den gesammten Stoff der fraglichen Wissenschaft gründlich vorzunehmen, denselben mit dem neuen Princip zu befruchten und nachzusehen, was daran haltbar, was verwerflich, und wie das Haltbare gedankenmäßig zu begründen ist. Mit andern Worten: es bedarf einer neuen

Digitized by Google

Reviſion der Wiſſenſchaft, wie ſie im Folgenden verſucht werden ſoll.

Haben wir nun im Bisherigen an Feuerbachs Unternehmen angeknüpft, um zu zeigen, daß jetzt ähnliche Vorbedingungen zu einem ſolchen vorhanden ſind, wie am Schluſſe des vorigen Jahrhunderts, ſo muß auf der andern Seite auch bemerkt werden, daß die Sache ſelbſt jetzt einer andern Ausführungsweiſe bedarf, als damals.

Die kritiſche Philoſophie mußte ihrer Natur gemäß kritiſirend zu Werke gehen, und zwar kritiſirend bis zur Deſtruktion. Denn ihre Seele war der Uebermuth des Sollens gegen die Wirklichkeit. In dieſer Beziehung verhält ſich aber die ſpekulative Philoſophie gerade umgekehrt, ſie will nur die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit aufzeigen, und am wenigſten verhält ſie ſich feindſelig gegen die Geſchichte. Da nun in den Bereich der geſchichtlichen Entwicklung auch die bisherigen Strafrechtstheorieen fallen, ſo müſſen auch dieſe mit ihrem weſentlichen Gehalt innerhalb des Syſtems ihre Anerkennung erhalten, und es bedarf keiner beſonderen Polemik, wodurch erſt der Weg zu der richtigen Anſicht gebahnt werden müßte. Eben ſo wenig kann davon die Rede ſeyn, dem poſitiven Rechte irgendwie Gewalt anzuthun und daſſelbe auf dem Prokruſtesbett einer eigenſinnigen Meinung zu ſtrecken oder zu kappen. Nur freilich eine Apotheoſe des Poſitiven, ein Götzendienſt vor der geſchichtlichen Erſcheinung kann nicht erwartet werden.

Indeſſen macht eben das Verhältniß, in welchem die ſpekulative Philoſophie zum poſitiven Rechte ſich befindet, hier noch eine beſondere Bemerkung nöthig.

Es gehörte zu den Eigenthümlichkeiten Feuerbachs, daß er den allgemeinen Theil in ſeiner Darſtellung des poſitiven Rechts ganz auf der Grundlage ſeiner philoſophiſchen Anſicht aufbaute, während ſein minder ſtürmiſcher und entſchiedener

Digitized by Google

Freund, Grolman, es vorzog, einen allgemeinen philoſophiſchen und einen allgemeinen poſitiven Theil auseinander zu halten. Welcher von beiden im Sinne der Grundanſicht, wovon der eine wie der andre ausgieng, Recht hatte, mag hier dahin geſtellt bleiben. Gewiß iſt, daß jetzt Feuerbachs Verfahren faſt allgemeinen Tadel erfährt.[1]) Auch hat man damit deshalb nicht Unrecht, weil die Stellung der Feuerbachiſchen Philoſophie zur Wirklichkeit überhaupt eine feindliche, die letztere in jeder Hinſicht beeinträchtigende und zwängende war. Man ſtellt daher faſt allgemein die Anſicht auf, daß die Darſtellung des allgemeinen Theils des Strafrechts durchaus von poſitiven Rechtsgrundſätzen ausgehen, und ſomit alle „bloße Philoſophie" als eine willkührliche Zuthat davon entfernt bleiben müſſe. Allein dieſe Behauptung iſt, ſo ſehr ſie gegen Feuerbach Recht hat, gleichwohl in gedoppelter Hinſicht ſchief.

Zunächſt nämlich liegt ihr ein vollkommenes Mißverſtändniß über das Weſen der Philoſophie zu Grund, ſofern dieſe, ſowie ſie ſich jetzt erfaßt hat, ſich in keinem abſoluten, ſondern nur noch in einem relativen Gegenſatze gegen das poſitive Recht befindet, in der Weiſe, daß das poſitive Recht innerhalb ihrer ſelbſt fällt und ſeine beſtimmte, freilich nach mehreren Seiten hin beſchränkte Stellung einnimmt. Indem ſie nämlich darauf ausgeht, die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit zu begreifen, ſo hat ſie es keineswegs bloß mit dem Begriff zu thun, ſondern auch mit der geſchichtlich gewordenen Wirklichkeit dieſes Begriffes. Beide Sphären fallen ihr nicht dualiſtiſch auseinander, ſo ſehr ſie relativ verſchieden ſeyn mögen. Denn die geſetzmäßige, aus der inneren Natur der Sache hervorgehende Entwicklung der Idee in ihre einzelnen Momente muß nothwendig in beiden Sphären des Daſeins dieſelbe ſeyn, und es kommt nur darauf an, daß man bei der Betrachtung des geſchichtlichen Verlaufs ſich nicht durch die Mannigfaltigkeit

1) Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 2, und die dort Angef.

Digitized by Google

der endlichen Erscheinung blenden und verwirren lasse, sondern die wesentliche Entwicklung, das geistige Gesetz, den Pulsschlag der Idee herauszufinden und zu bezeichnen wisse. Das aber steht fest, daß das in der Geschichte gewordene Recht wesentlich nicht anderer Natur seyn kann, als das, welches jeder finden kann, wenn er in seinen Busen greift und der geistigen Kraft nicht ermangelt, um den Inhalt seines Bewußtseins zu klaren Gedanken zu befestigen. Es ist erfreulich, neuerdings bei Luden die unumwundene Anerkennung jener Grundwahrheit anzutreffen.[1]) Nur ist wohl die Sache etwas zu leicht genommen, wenn er sich bei der Kategorie der Allgemeinheit und Besonderheit begnügt, und das allgemeine, d. h. philosophische Strafrecht, eben weil es das nur allgemeine, als solches nie in die Existenz tretende sei, von der Darstellung des besondern, d. h. positiven Strafrechts völlig ausschließen will. Er sagt zwar ganz richtig: „Das positive Strafrecht eines gegebenen Volkes kann nichts anderes sein, als die besondere Form, in welcher das philosophische oder allgemeine Strafrecht bei demselben in die Erscheinung tritt; es könnte gar kein positives Strafrecht geben, wenn es kein allgemeines Strafrecht gäbe, während umgekehrt dieses allgemeine Strafrecht nicht in seiner Allgemeinheit, sondern nur als positives Strafrecht in die Erscheinung treten kann." Allein ohne Zweifel versteht er dieß doch in einem Sinne, in welchem das Gesagte unrichtig ist. Denn wenn er meint, daß das allgemeine Strafrecht als solches überhaupt der Existenz unfähig sei, so nimmt er die Allgemeinheit offenbar als abstrakte, d. h. von dem Besonderen abgezogene Allgemeinheit. Im Gegentheil aber muß ein philosophisches Strafrecht in dem Sinn das allgemeine sein, daß alles positive Strafrecht als Entwicklungsmoment innerhalb desselben und die Univer=

1) Handbuch des Strafrechts. I. S. 5, 6, vgl. seine Vorrede zur Uebersetzung von Romagnosi. S. 14—17.

ſalgeſchichte des poſitiven Strafrechts mit dem ausgeführten philoſophiſchen Syſteme in Eins zuſammen fällt. Das poſitive Strafrecht eines beſtimmten Volkes iſt daher nicht nur überhaupt eine beſondere Erſcheinungsform des allgemeinen, ſondern es iſt eine beſtimmte Beſonderung deſſelben, deren Darſtellung daher nicht außer oder neben dem allgemeinen gegeben werden kann. Empiriſch beſchrieben kann ein ſolches poſitives Strafrecht allerdings werden, auch ohne Anknüpfung an das allgemeine, und es kann keinem Beſonnenen einfallen, den großen Werth der vielen trefflichen Darſtellungen zu läugnen, die wir in dieſer Weiſe von dem vaterländiſchen Strafrechte haben. Aber mit ſolchen empiriſchen Ausführungen iſt eben immer nur die beſondere Erſcheinungsform als ſolche anſchaulich gemacht, niemals aber dieſelbe in ihrem Weſen begriffen. Letzteres kann nur dann erwartet werden, wenn das geſchichtlich gewordene Strafrecht als beſtimmte Entwicklungsſtufe der Idee deutlich gemacht, wenn ſeine Darſtellung von der ſyſtematiſchen Durchführung deſſen, was Luden das allgemeine Strafrecht nennt, getragen wird.

Mit andern Worten: es muß wieder, wenn gleich in weſentlich anderem Sinne, als es von Feuerbach geſchehen iſt, philoſophiſches und poſitives Strafrecht, und vor allem in dem ſogenannten allgemeinen Theile amalgamirt werden. Und wenn nun, wie geſagt, dieſe Behauptung einer ziemlich allgemein gewordenen Anſicht entgegentritt, ſo glauben wir im Vorſtehenden doch zunächſt das Mißverſtändniß beſeitigt zu haben, in welchem ſich dieſe Anſicht hinſichtlich der Anſprüche der Philoſophie befindet.

Andererſeits nun aber iſt man gar wohl berechtigt, der gedachten Anſicht ſelbſt auf den Leib zu gehen und zu fragen, ob in den vorliegenden Lehrbüchern des deutſchen Strafrechts wirklich der allgemeine Theil rein aus poſitivem Material gebaut ſei? So angelegentlich dies in der Regel verſichert wird, ſo wenig glauben wir, daß dies mit Recht geſchieht.

Wie könnte das auch der Fall sein, da bekanntermaßen die wichtigsten Begriffe des allgemeinen Theils, wie der Begriff des Verbrechens, der Strafbarkeit, des Grundes der Strafbarkeit, und andere, wie sie uns als geltendes Recht vorgetragen werden, gar nicht aus den Quellen unseres positiven Rechts entnommen sein können, sondern Erzeugnisse gewohnheitsrechtlicher und durch die Wissenschaft vermittelter Weiterbildung des Rechts sind, für welche die Bezeichnung als positives Recht sehr problematisch erscheint? Sind doch eingestandenermaßen die meisten und wichtigsten Lehren des allgemeinen Theils nur aus sehr fragmentarischen und nicht selten sehr partikulären Aussprüchen unserer gemeinrechtlichen Gesetze zusammenzusetzen und oft mühsam genug herauszuspinnen. Mag man aber auch immer die Möglichkeit zugeben, daß aus den positiven Quellen ein vollständiger allgemeiner Theil von rein positiver Natur konstruirt werden könne, so halten wir den Beweis, daß diese Möglichkeit auch zur Wirklichkeit geworden sei, für sehr schwer. Man denke nur an den Begriff des allgemeinen Thatbestands und sehe nach, wie verschieden sich unsere besten Kriminalisten darüber äußern, wie verdächtig ihre Aeußerungen hinsichtlich ihres positiven Ursprungs sind, wie viel mehr Theil an ihnen ein vorausgesetztes Raisonnement über die Natur der Sache, als das positive Recht hat [1]). Dies ist aber nur ein Beispiel, dem noch eine Menge ähnlicher an die Seite gesetzt werden können. Wir nennen nur die Lehre vom Maßstab der Strafbarkeit, von den Schärfungs- und Milderungsgründen, vom Rückfall, von der Konkurrenz. Andererseits ist zu behaupten, daß in Materien, zu deren Behandlung es in den Quellen an Stoff nicht fehlt, besonders in der Imputationslehre, dieser Stoff keineswegs mit dem geschichtlichen Sinne ausgebeutet und verarbeitet sei, wie

1) Anders verhält es sich freilich mit Darstellungen des Strafrechts nach den abgeschlossenen Gesetzbüchern der neuen Zeit.

es zu erwarten wäre, daß aber hieran die Nachwirkung der Feuerbachischen philosophischen Untersuchungen über den verbrecherischen Willen nicht den am wenigsten bedeutenden Antheil habe.

Es ist jedoch noch weiter zu gehen. Man muß es allerdings ganz natürlich finden, daß der allgemeine positive Theil auch bei unsern positivsten Juristen das philosophische Element an allen Enden und Ecken durchblicken läßt. Denn das Gegentheil wäre ganz unmöglich, sobald überhaupt von einer systematischen Anordnung und Darstellung des Strafrechts als Wissenschaft die Rede ist. Unsere Quellen sind bekanntlich keine wissenschaftlichen Systeme; sie sprechen ihre Grundansichten, die sie allerdings haben, nirgends geradezu und vollständig, sondern überall nur nach Maßgabe des praktischen Bedarfs aus. Daher ist es nicht nur schwer, aus jeder einzelnen oder jedem Kompler derselben ihre Grundansicht rein herauszustellen, sondern es ist geradezu unmöglich, aus ihnen allen zusammen ein dogmatisches System zu konstruiren; es kann gar nicht anders sein, als daß der, welcher letzteres unternimmt, den fragmentarisch vorliegenden, innerlich durch die tiefsten Unterschiede getrennten Stoff unter eine von ihm selbst gezeugte, den Quellen selber fremde Grundansicht rubriciren muß. Aber auch wenn man rein geschichtlich verfahren und den Quellen keinerlei Gewalt anthun will, so nöthigt doch schon ihre fragmentarische Natur dazu, Lücken auszufüllen, aus dem Geiste der einzelnen Quellen zu argumentiren, und schon dies ist eine philosophische Operation. Selbst diese Operation ist jedoch nicht möglich ohne Voraussetzung einer eigenen Ansicht über die Probleme des Strafrechts in dem, welcher sie unternimmt; denn wie wüßte er sonst auch nur, was er in den Quellen zu suchen habe? [1]) Dann ist aber nicht nur die dringendste Gefahr vorhanden, daß diese eigene

1) Vergl. Feuerbach, Lehrb. §. 102. b. not. f.

Anſicht in die ſcheinbar rein hiſtoriſche Unterſuchung ſich einſchleiche, ſondern es iſt auch ganz unmöglich, daß dies nicht geſchehe, ſobald man nicht von derjenigen Weltanſicht ausgeht, welche Geſchichte und Philoſophie als Ausdruck derſelben Idee erkennt. Denn bei jeder andern Grundanſicht befindet ſich der Darſteller nothwendig mit ſeinen Gedanken im Gegenſatz zu den in der Geſchichte objektiv gewordenen, und es wird jedenfalls die ſyſtematiſche Ordnung, in welche er letztere bringt, ſeine Zuthat ſein müſſen; gewiß aber nicht dieſe allein, ſondern ſchon ſeine Auffaſſung des geſchichtlich Gewordenen wird mehr oder weniger den Stempel ſeiner Privatanſicht an ſich tragen; es wird von ihm gar nicht jene reine Hingabe an den Geiſt der Geſchichte erwartet werden dürfen, welche wir fordern. Darin liegt auch kein Vorwurf; im Gegentheil muß ja ein ſolcher die Kritik der Geſchichte, die ihm nicht innerhalb dieſer ſelbſt liegt, aus dem Seinigen hinzuthun, und je tüchtiger die Individualität iſt, um ſo mehr wird auch Alles ihre Farbe tragen müſſen. Iſt doch das Strafrecht voll von Problemen, die den menſchlichen Geiſt an ſeinen innerſten Lebensfaſern ergreifen und ihn, über ſie nachzudenken, zwingen würden, auch wenn ſich nicht an deren Löſung ſeit unvordenklichen Zeiten die poſitiven Geſetzgebungen abgearbeitet hätten. Sicherlich würden auch die vielen trefflichen Darſtellungen des poſitiven Rechts, wie wir ſie ſeit dem Wiedererwachen der geſchichtlichen Tendenz in der Rechtswiſſenſchaft erhalten haben, gleichmäßiger ausgefallen ſein, als es der Fall iſt, wenn es ſich nicht ſo verhielte, wie hier behauptet worden iſt.

Mag es nun immerhin parador klingen, wenn wir ſogar noch mehr Geſchichtlichkeit verlangen, als wir ſelbſt bei denen finden, welche die Geſchichte zu ihrem Schiboleth machen, ſo findet es doch in dem oben Geſagten ſeine hinlängliche Erklärung. Eben hiernach vermögen wir uns aber auch freilich eine das Weſen unſeres poſitiven Strafrechts, nicht bloß ſeine

Digitized by Google

Erſcheinung, zum Bewußtſein bringende Darſtellung deſſelben nicht anders, als auf philoſophiſcher Grundlage zu denken. Wenn wir aber hiemit von der jetzt allgemein angenommenen Regel abweichen, ſo wird man doch nach dem Bisherigen zugeben, daß dies kein Rückfall in Feuerbachs Anſichten iſt, vielmehr die hier geforderte Verbindung von Philoſophie und Geſchichte einen weſentlich anderen Sinn hat.

Weder eine Polemik gegen andere Anſichten vom Strafrechte hat man alſo hier zu erwarten, noch eine gegen das geſchichtlich Gewordene übermüthige Kritik. Vielmehr wird die Darſtellung ſich begründend verhalten, und kritiſch eben nur ſoweit, als es die begründende Thätigkeit ſelbſt mit ſich bringt. Was indeſſen das poſitive Recht betrifft, ſo iſt hier vorläufig keine zuſammenhängende Darſtellung deſſelben beabſichtigt, ſondern dieſe behalten wir uns für jetzt noch vor. Dabei leitet uns folgender Grund.

So ſehr wir es für möglich, ja für nothwendig halten, Philoſophie und Geſchichte auf's innigſte mit einander zu verbinden, ſo glauben wir es doch jetzt noch nicht an der Zeit, eine ſolche Darſtellung zu liefern, welche erſt die Frucht der Reviſion ſein muß, welche wir gegenwärtig unternehmen. Die Reviſion des Begriffs muß der begriffsgemäßen Darſtellung ſeiner geſchichtlichen Realität vorangehen. Um unſer Reſultat annehmlich zu machen, wollen wir daher vorerſt ſeine Geneſis aufzeigen. Wir wollen dies namentlich auch deshalb, damit man nicht ſchon durch die Form der Darſtellung verführt, uns von vorn herein den trivial gewordenen Vorwurf der willkührlichen Konſtruktion der Geſchichte entgegenſetze.

In dieſem Sinne benützen wir denn den Vorgang von Grolman und geben hier vorerſt einen philoſophiſchen allgemeinen Theil, dem wir den poſitiven erſt nachfolgen laſſen wollen, freilich aber als einen nur äußerlich getrennten, innerlich dagegen innigſt mit jenem verbundenen.

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.

Das Recht ist die Sittlichkeit in der Form des objektiven Daseins. Wie alle Formen der Sittlichkeit, so besteht auch das Recht in der Identität des allgemeinen Willens mit dem besondern Willen. Seine Eigenthümlichkeit aber, andern sittlichen Mächten gegenüber, liegt eben darin, daß es das objektive Dasein, das äussere Leben der Gattung, ihre Existenz in der Natur, ihre Subsistenz aus derselben, und ihre sociale Koexistenz zu seiner Sphäre hat. Alles, was am Begriffe des Rechts Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich der objektiven Existenz, sowie umgekehrt alle sittlichen Elemente, sobald sie den Boden des äusseren Daseins betreten, unter den Typus des Rechts fallen.

Anmerkung. — Das Recht aus dem Willen deducirt zu haben, ist Kants unvergängliches Verdienst. Allein die Art und Weise seiner Deduktion konnte nicht befriedigen, und ihre Einseitigkeit ist in Fichtes entschiedener Durchführung so schneidend zu Tage gekommen, daß dem subjektiven Idealismus nothwendig der objektive entgegengesetzt werden mußte. Wenn nun aber letzterer, um der Eitelkeit und Willkühr des Ich möglichst den Paß zu verlegen, alles Gewicht auf die Substanz

Digitized by Google

des Willens legt und dieser den Einzelwillen schlechthin als bloße Accidenz unterordnet, so geräth er offenbar auf das andere, ebenso einseitige Extrem. Der Grundfehler des Kant-Fichtischen Standpunkts lag darin, daß das Allgemeine in der Form des Ichs gesetzt, das Ich selbst schon zur Substanz gemacht wurde. Dadurch machte man das Ende der Ethik zu ihrem Anfang und erhielt, da aller konkrete, nur durch den Vermittlungsproceß des Einzelwillens mit dem allgemeinen zu gewinnende Inhalt fehlen mußte, ein ganz formalistisches Princip. Man brachte ferner den fatalsten Dualismus in das ethische Gebiet, sofern man doch auch die einmal existirende endliche Beschränktheit des Ichs nicht ignoriren, sondern irgendwie anerkennen mußte. Bekanntlich mußte der Rechtsbegriff diese unangenehme Partie übernehmen, und die Rechtsphilosophie trat dadurch in die traurige stiefschwesterliche Stellung zur Moral, welche sie auf jenem Standpunkte charakterisirt. Während nämlich innerhalb der letztern das Ich, freilich in hohler, pathetischer Abstraktion, seine Absolutheit und unendliche Freiheit vollauf zu genießen bekam, so war umgekehrt die Rechtssphäre der Schauplatz, wo dasselbe unbeschränkte Ich sich dazu bequemen mußte, seine absolute Freiheit nur allzufühlbar beschränkt zu sehen. Ein geringer Trost lag dafür in dem Fichtischen Machtspruch, daß das Ich, um Recht und Staat zu produciren, sich nur selbst beschränke, daß es das Joch sich freiwillig auflege ꝛc. Das nicht abzuwendende Resultat blieb immer, daß der Staat als ein nothwendiges Uebel erschien, das denn freilich auch wieder einiges Gute hatte, aber ein Gutes, das nach dem Grundprincip stets zu theuer erkauft scheinen mußte. War aber dem Ich wenig gedient, das nach jener Ansicht in Wahrheit keiner volonté générale, sondern viel-

Digitized by Google

mehr der volonté de tous unterworfen wurde, so kam der Staat noch viel schlimmer weg, sofern die Substantialität des Rechts, dessen Träger er sein sollte, geradezu verneint und dieses vielmehr als ein in sich zufälliges Produkt der Einzelwillen gesetzt wurde. Dieses Verhältniß stellte sich denn auch alsbald deutlich heraus. Während die ersten Gründer des Systems noch zu tiefsinnig vom Staate dachten, um ihn so ganz herabzuwürdigen, wie es allerdings in ihrer Konsequenz lag, während vielmehr bei ihnen im Gegentheil das Ich der unbequemsten Staatstyrannei unterworfen wurde, so trat mit der Zeit, wie sich allmälig das philosophische System in das liberale Tagesbewußtsein verlor, gerade der umgekehrte Gesichtspunkt, nämlich die Tendenz hervor, das Ich zu kajoliren und Recht und Staat auf möglichst kleinste Rationen zu setzen. — Gegenüber diesen Ansichten hatte nun ohne Zweifel der objektive Idealismus vollkommen Recht, wenn er die Substantialität des allgemeinen Willens behauptete, wenn er von einem objektiven Geist sprach, der sein eigenes Leben lebe und das endliche Ich nur als sein Organ und Mittel setze und gebrauche, keineswegs aber ein Fabrikat desselben sei. Nur diese Substantiellsetzung des allgemeinen Willens, der praktischen Vernunft der Gattung, macht es überhaupt möglich, die sittliche Welt, die moralische wie die rechtliche, als einen Organismus zu konstruiren. Denn nur auf diese Weise wird der Uebermuth des Ichs, das sich selbst als das Absolute nimmt, gebrochen, eben damit aber sowohl der hohle Formalismus jener früheren Ethik, als der Dualismus, worein Moral und Recht auseinanderfielen, aufgehoben. Nur auf diese Weise wird die Einsicht begründet, daß die sittliche Welt kein bloßes Aggregat koexistirender Einzelwillen ist, daß vielmehr Mächte in ihr

Digitized by Google

herrſchen, die ihre Berechtigung nicht erſt durch das Ich erhalten, die im Gegentheil einen über alle endliche Willkühr erhabenen Zuſammenhang, eine ſittliche Weltordnung ſetzen, die das Ich wie eine zweite geiſtige Natur umgibt. Gleichwohl iſt nun aber auch der objektive Idealismus auf ein nicht minder verwerfliches Extrem hinausgegangen, indem er faſt den Spinozismus repriſtinirt und jener allgemeinen Subſtanz des Willens gegenüber den Einzelwillen zur bloßen Accidenz herabgeſetzt hat. Darin liegt es, daß man der Rechtsphiloſophie von Hegel den gegründeten Vorwurf macht, daß ſie, die ganz aus dem Metall der Freiheit gebaut ſein ſoll, vielmehr geradezu die Freiheit vernichte, ſowie den damit genau zuſammenhängenden, daß ihre Willensſubſtanz es keineswegs dazu bringe, in Wahrheit objektiver Geiſt zu werden, daß ſie vielmehr Subſtanz, objektive Macht, ihr Staat eine edle Tyrannei bleibe. Daher rührt es ferner, wenn Hegel die Moral ihres reichſten, bedeutendſten Inhalts entkleidet, ihr ein möglichſt dürftiges Gebiet anweist und auch dieſes noch dem Staat, als dem großen Leviathan, unterwirft [1]). — Es iſt deshalb ſehr an der Zeit, von dieſem Extreme wieder zurückzukommen und den, von ſeiner Einſeitigkeit entkleideten, unvergänglichen Gehalt des ſubjektiven Idealismus wieder in ſein Recht einzuſetzen. Darin liegt aber hauptſächlich dies, daß einerſeits das freie Ich als das freie Organ der Aktualiſirung des ſubſtantiellen Willens begriffen, andererſeits eben darum dieſer ſubſtantielle Wille nicht mehr allein in der Form des objektiven Daſeins anerkannt, d. h. der Staatsabſolutismus gebrochen und die Moral neben dem Recht wieder zu ſelbſtſtändiger Dignität erhoben werden muß. Welche

1) Wirth, Syſtem der ſpekulativen Ethik. Vorrede zum I. Band.

Sphäre dann dem Rechte als eigenthümliche zufalle, gibt der Paragraph an.

Darin liegt dann von selbst, daß unter Recht hier viel mehr begriffen wird, als bei den meisten unserer Kriminalisten, wenn diese einen Unterschied zwischen Rechtsverbrechen und Polizeiverbrechen machen [1]). Auf dem Standpunkte des subjektiven Idealismus, der bis in die neuere Zeit im gemeinen Bewußtsein der herrschende war, mußte die Rechtsidee, als Produkt der gegenseitigen Selbstbeschränkung der freien Einzelwillen, nothwendig in ein Aggregat von subjektiven Berechtigungen auseinanderfallen, und von einem Rechte konnte man nicht reden, ohne ein Subjekt als dessen Substrat zu denken, daher denn auch Staat, Kirche und Anderes, dem man die Qualität des Berechtigtseins nicht absprechen konnte, zu moralischen Personen erhoben wurden. Gleichwohl blieb, auch neben dieser Fiktion, im positiven Strafrecht noch manches Verbrechen übrig, dessen Objekt sich durchaus nicht unter jenen Rechtsbegriff klassificiren ließ. Nun kam es darauf an, auch für diese einen Gesichtspunkt aufzufinden, und als solcher bot sich die Aushilfe dar, sie unter den vagen Begriff der Polizei zu stellen. Am reinsten festgehalten findet sich dieser Unterschied bei Wächter, der sich am strengsten an den geschichtlichen Unterschied von Gerichts- und Polizeiordnungen hält, und unter Polizeiverbrechen diejenigen versteht, welche den Hauptgegenstand der auf Erhaltung der Religiosität, Sitte

1) Von diesen Ansichten der Kriminalisten sind auch die neueren Gesetzgebungen inficirt, sofern sie theils das Gebiet der kriminellen Handlungen von dem der Polizeistrafgerechtigkeit nicht richtig abzuscheiden wissen, theils innerhalb des ersteren zwischen Verbrechen und Vergehen (resp. schweren Polizeiübertretungen) willkührliche Unterschiede machen.

und Sittlichkeit gerichteten Reichspolizeiordnungen ausmachten [1]). Wesentlich dasselbe ist es, wenn Luden neuerdings zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen unterschieden haben will [2]). Und unter dieser oder jener Modifikation kehrt derselbe Gedanke fast in allen Lehrbüchern wieder, nur daß neuerdings wenigstens die zwei ganz verschiedenen Begriffe von Polizeiverbrechen, wie sie sich bei Feuerbach in Eins zusammengeworfen finden, mit Recht auseinander gehalten werden [3]). Indessen finden sich doch auch solche, welche an dem gedachten Unterschiede Anstoß nehmen und denselben unnatürlich finden. So Birnbaum in einer, freilich mit einer wunderlichen Polemik gegen Feuerbach eingeleiteten, Abhandlung über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens [4]). Es scheint zwar zunächst eine sonderbare Ausflucht, wenn er überhaupt nicht von Rechtsverletzungen beim Verbrechen gesprochen haben will, sondern von Verletzungen der Güter, auf deren Allen gleichmäßig zu garantirenden Genuß im Staate sich die Rechtssphäre eines Jeden beziehe, und die dem Menschen theils von der Natur gegeben, theils Ergebniß seiner gesellschaftlichen Entwicklung seien. Allein am Ende will er denn doch den Ausdruck: Rechtsverletzung oder rechtswidrige Handlung im weitern Sinne nicht abweisen; ja seine ganze Entwicklung geht eben nur aus dem Bedürfniß hervor, den engen Begriff der Rechtsverbrechen zu durchbrechen und dem, was die Andern Polizei- oder Gesetzesverbrechen oder sonst wie benennen,

1) Lehrbuch § 231.
2) Handbuch §. 24.
3) Wächter, Lehrbuch §. 62. 107. Luden, Handbuch §. 24. 25.
4) Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge. 1834. H. 2. Nr. 1. Vergl. 1837. S. 493 ff.

Digitized by

die gleiche Natur, wie den sogenannten Rechtsverbrechen zu vindiciren. Eine ähnliche Tendenz spricht sich bei Hefftер aus, sowie man auch, freilich stark versetzt mit mystischem Nebel, Jarcke und Roßhirt hierher rechnen kann. Ohne Zweifel liegt den Aeußerungen von Birnbaum ein sehr richtiges Bedürfniß zu Grunde, Alles, was peinliches Verbrechen, nicht bloße Polizeiübertretung ist, als Ding von einerlei Wesen zu begreifen. Die Grundlage hiefür giebt der obige Begriff der Rechtssphäre überhaupt.

§. 2.

Das Unrecht ist das Gegentheil des Rechts. Da nun letzteres in der Identität des besondern Willens mit dem allgemeinen in der Sphäre des äußeren Daseins besteht, so muß das Unrecht in der Aufhebung dieser Identität, mithin darin bestehen, daß der besondere Wille in der Sphäre des äußeren Daseins nicht identisch mit dem allgemeinen ist. Dies ist jedoch nur erst der abstrakte Begriff oder die Möglichkeit des Unrechts.

§. 3.

Das Unrecht verwirklicht sich nun aber in folgendem Stufengange.

1) Der an sich noch mit dem allgemeinen identische besondere Wille ist ihm ebenso unmittelbar entgegengesetzt. In seiner Unbefangenheit ist er die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu seyn, oder dasselbe zu verletzen. Das Unrecht ist hier ein bloß mögliches.

2) Der besondre Wille hebt seine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf; aber seine Differenz von diesem ist noch nicht für ihn, vielmehr glaubt er sich noch in der Einheit mit ihm und fordert diese. Hier ist das Unrecht bereits ein wirkliches, aber ein noch unbefangenes.

3) Die Differenz des besondern Willens von dem allge-

meinen iſt für den beſondern Willen, d. h. er weiß ſich im Gegenſatz gegen jenen und fordert dieſen Gegenſatz. Hier iſt das Unrecht vollſtändig wirkliches Unrecht, Verbrechen.

Anm. — Die Abweichung von Hegel, der das unbefangene Unrecht als das bloß mögliche nimmt und von dieſem durch das Mittelglied des Betrugs zum Verbrechen fortſchreitet, wird kaum einer ausdrücklichen Rechtfertigung bedürfen, da wenigſtens die Unrichtigkeit dieſes Mittelglieds für ſich klar ſeyn dürfte. Aber auch die Verwechslung des Civilunrechts mit dem bloß möglichen Unrechte iſt ein Mangel, der ſich dadurch rächt, daß nun Hegel dem Polizeivergehen beim Unrechte keine Stelle anzuweiſen weiß, ſondern daſſelbe erſt an einem ſpätern Orte noch nachträglich hereinſchieben muß. Gleichwohl hat er das Verdienſt, den die Juriſten in Verzweiflung ſetzenden [1]) Unterſchied zwiſchen Polizeivergehen und wirklichem Verbrechen ſo einfach, als ſchlagend angegeben zu haben. Jenes iſt nichts Andres, als das bloß mögliche Unrecht unter 1), welches die Polizeigewalt eben deshalb verbietet, weil es, ohne wirkliches Unrecht zu ſeyn, doch deſſen erfahrungsgemäß reale Möglichkeit iſt. Nach einer Seite hin findet ſich zwar dieſer Begriff auch ſchon bei Feuerbach u. A. [2]), ſofern er die Polizeivergehen als

1) Hepp Kommentar zum Württemb. Strafgeſetzbuch. I S. 23.

2) Lehrbuch. §. 22. Tittmann IV. §. 603. v. Globig u. Huſter Zugaben ꝛc. 2te Zugabe. S. 45. Kleinſchrod Syſtem. Entw. I. S. 5. Cucumus im N. Arch. VII. S. 123—126. Stübel ebend. VIII. S. 247 ff. Cucumus ebend. X. S. 53—60. Eigenthümliche, in's Gebiet der Moral überſchweifende, aber relativ ſehr zu beherzigende Anſichten bei Roßhirt N. Arch. XII. S. 290—317. vgl. beſonders v. Mohl N. Arch. 1840 Beil. Heft. S. 12 ff. Eine ganz andre Frage iſt die, ob zwiſchen Verbrechen und Vergehen (oder — nach öſtreich. Rechte — ſchweren Polizeiübertretungen unterſchieden werden ſoll? ſ. Mittermaier n. 3. u. 4. zu Feuerbach a. a. O.

„an sich nicht rechtswidrige Handlungen, die aber wegen mittelbarer Entgegenwirkung gegen seine Zwecke der Staat verboten und mit Strafe bedroht habe," definirt. Allein bei dieser Definition fehlt eben gerade die Hauptsache, nämlich die Angabe des Grundes, warum der Staat solche Handlungen als mittelbar seinen Zwecken entgegenwirkend zu verbieten und zu bestrafen hat, und folgeweise auch der Grenze, welche die Polizeistrafgerechtigkeit einhalten muß. In der Note ist zwar mit Recht vor dem Mißbrauche derselben gewarnt, damit nicht alle menschliche Freiheit in Fesseln geschlagen und aus dem Bürger eine lebende chinesische Puppe gemacht werde. Aber diese Warnung konnte mittelst einer schärferen Fassung des Begriffs erspart werden. Indessen muß man freilich noch mehr erstaunen, wenn man entdeckt, welche Handlungen nun Feuerbach im besondern Theile unter die Rubrik der auf die gedachte Weise bestimmten Polizeivergehen bringt, und hier auch unter Anderm den Incest und die Sodomie unter den an sich nicht rechtswidrigen Handlungen antrifft. Noch weniger kann man sich übrigens befriedigt finden, wenn man neuerdings bei Luden[1]) vollends die ganz formelle (wenn gleich von ihm für material ausgegebene) Bestimmung der Polizeiverbrechen als solcher antrifft, durch welche einem seinem Inhalte nach polizeilichen Verbote zuwider gehandelt werde. Denn, ganz abgesehen von der Verkehrung der natürlichen Ordnung, die überhaupt darin liegt, wenn der Begriff des Verbrechens von dem des Verbots abhängig gemacht wird, ist mit jener Bezeichnung nur eine Tautologie gegeben. Wenn aber nachher beigefügt wird, die polizeiliche Ordnung bestehe in der allgemeinen Zucht und

1) Handbuch §. 26.

Ordnung, deren Beobachtung das sichere, anständige und gedeihliche Beieinanderleben der Menschen erfordere, deren Nichtbeobachtung eine Gefährdung und Störung desselben zu begründen scheine, — so muß nicht nur die Aengstlichkeit, sondern insbesondere auch die Vagheit dieser Definition auffallen, welcher gemäß die Polizeigewalt ohne alles Bedenken gerade denjenigen Zustand herbeiführen könnte, vor welchem Feuerbach in der eben angef. Note warnt [1]).

Was sodann den Unterschied des peinlichen vom Civilunrecht betrifft, so wird dieser allerdings in der Regel viel richtiger aufgefaßt, als der zuvor besprochene [2]). Gleichwohl findet man auch hier, was man so häufig findet, daß von der Folge gesprochen wird, wo von dem Grunde die Rede seyn sollte. So begegnet man bei diesem Punkte so häufig der Phrase, das Civilunrecht sei dasjenige, zu dessen Gutmachung der Entschädigungszwang ausreiche, während das peinliche Unrecht außerdem noch den Strafzwang gegen sich hervorrufe. So richtig nun dieß ist, so wenig ist doch dadurch die Natur des Civilunrechts in seinem Unterschiede vom peinlichen bezeichnet. Dagegen liegt dies in der obigen Bestimmung. Das Civilunrecht hat sein Wesen darin, daß die zwischen dem besondern und dem allgemeinen Willen bereits wirklich eingetretene Differenz noch nicht für den besonderen Willen

---

1) Ganz verworfen wird die Polizeistraf-Gerechtigkeit von Henke Handbuch I. §. 34 u. von Lotz N. Arch. III. S. 558 ff. IV. S. 485 ff. vgl. Stübel a. a. O.

2) Luden Handbuch I. S. 18 Anm. 1. Wenn derselbe aber S. 198 Anm. 1 den Unterschied auf den Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht reducirt, so scheinen hiebei keine klaren Vorstellungen obzuwalten. Vgl. indessen auch die Vorrede zur Uebersetzung von Romagnosi S. 58 ff.

ist, dieser vielmehr noch in dem guten Glauben beharrt, daß er sich in der Identität mit dem allgemeinen Willen befinde, was er denn eben auch von dem Richter im Civilprocesse anerkannt haben will. Sein Unrecht ist eben deshalb zwar wirkliches, darum auch den Entschädigungszwang hervorrufendes, aber es ist noch unbefangenes Unrecht, das eben deshalb den Strafzwang ausschließt. Es giebt besonders Ein Verbrechen, wo man sich in die Lage versetzt sieht, auf diesen strengfestzuhaltenden Unterschied zurückzukommen, wenn man sich nicht in lauter Willkühr verlieren will, — und dies ist der Betrug [1]).

§. 4.

In allen seinen Formen ist jedoch das Unrecht das in sich selbst Nichtige, weil es der Begriff des Rechts ist, das in der Sphäre des objektiven Daseins allein Gültige, das unbedingte, schlechthin nothwendige Wesen aller in die äußere Existenz fallenden praktischen Verhältnisse zu seyn, gegen diesen Begriff aber der des Unrechts ein bloßer Schein, mithin ein sich selbst Aufhebendes und sein Gegentheil Forderndes ist. Wenn schon es eine positive Existenz ist, so kommt ihm doch kein wahrhaftes Seyn zu, sondern es existirt eben als ein Nichtseiendes, dem wahren Seyn in seiner Sphäre Widersprechendes und darum durch und durch Wiederaufzuhebendes.

§. 5.

Diese Forderung gestaltet sich aber in verschiedener Weise, je nach den verschiedenen Stufen des Unrechts.

1) Das erst bloß mögliche Unrecht kann, eben weil es noch nicht zu positiver Existenz gediehen ist, nicht Gegenstand einer Wiederaufhebung seyn, sondern nur die Thätigkeit der Vorbeugung und des Schutzes gegen sich hervorrufen.

2) Dagegen ist nun das unbefangene Unrecht ein bereits

---

1) Literatur bei Mittermaier Note zu Feuerbach §. 21.

Digitized by Google

in die Wirklichkeit hervorgetretenes, in positiver Bestimmtheit existirendes, und darum wiederaufzuhebendes. Allein da dieses Unrecht seine Existenz nicht für den besondern Willen, sondern eben nur in der Sphäre des äusserlichen Daseins hat, so genügt seine Wiederaufhebung in dieser Sphäre, welche sich als Vergütung des gestifteten Schadens vollzieht.

3) Auch das peinliche Unrecht stiftet jederzeit einen äusserlichen Schaden, der ersetzt werden muß, sofern er überhaupt ersetzbar ist. Allein hier genügt es nicht an dieser äusserlichen Entschädigung. Da vielmehr dieses Unrecht seine Existenz wesentlich für den besondern Willen, hiemit noch außer und über der Sphäre des äusserlichen Daseins hat, so fordert es seine Wiederaufhebung auch in dieser weiteren Sphäre.

§. 6.

Dies hat näher noch folgenden Sinn. Das peinliche Unrecht ist die Verletzung des Rechts als Rechts, die direkte Entgegensetzung des besondern Willens gegen die Forderung seiner Identität mit dem allgemeinen. Das Objekt des Angriffs ist nun zwar das sittliche Wesen in der äusseren Erscheinung, aber die Verletzung als solche kann nicht das Wesen, sondern nur die Erscheinung treffen. Denn alles Recht ist Dasein von Willen, mithin von Freiheit. Das Freie ist aber das schlechthin Unzwingbare. Mithin zerstört der in der Verletzung des Rechts als Rechts liegende Zwang sich selbst in seinem Begriffe, ist ein Widerspruch in sich selbst, der sofort seine Wiederaufhebung fordert. Diese kann dann aber nur darin bestehen, daß der Zwang durch Zwang vernichtet, der verletzende Wille selbst einer Verletzung unterworfen wird.

Anm. — 1) Die absolute Nothwendigkeit der Strafe kann überall nicht anders wahrhaft begründet werden, als wenn die Nichtigkeit des Unrechts in sich aufgezeigt wird. Dies ist nun aber gerade das, was bei der soge-

Digitized by Google

nannten absoluten Theorie von Kant und denen, welche ihm gefolgt sind, fehlt und weswegen diese Theorieen so wenig befriedigen können. Weil sie diesen Begriff nicht fanden, so sahen sie sich genöthigt, über die dem Strafrecht allein zukommende Sphäre hinauszugehen und entweder in die der Moral, oder in die des Privatrechts abzuschweifen. Beides ist mit Recht angegriffen worden, aber es wäre ein großer Irrthum, wenn man damit die auf ihr wahres Fundament gegründete absolute Nothwendigkeit der Strafe beseitigt zu haben glaubte. Dieses wahre Fundament gelegt zu haben, ist Hegels unbestreitbares Verdienst, was bleiben wird, wenn man sich auch genöthigt sehen sollte, von seinen weiteren Konstruktionen mannigfach abzuweichen. Um aber dieses Fundament beurtheilen zu können, muß man begreiflicher Weise darüber hinaus seyn, Begriffe, wie Seyn und Daseyn, zu verwechseln oder etwa einen logischen Proceß eben seiner logischen Qualität wegen für einen der Wirklichkeit entgegengesetzten zu halten. Beiläufig sei hier bemerkt, daß Luden[1]) neuerdings das Fundament von Hegels Lehre als richtig anerkannt hat.

2) Aus der Abstufung des Unrechts ergiebt sich von selbst, daß auch der Proceß der Darstellung seiner inneren Nichtigkeit verschiedene Stufen durchlaufen muß, die dann auch im Staate verschiedenen Mächten als Thätigkeitssphären zugetheilt sind. Der ersten Stufe entspricht die Polizei in der specifischen Form der Rechtspolizei, zu der — abweichend von Wirth[2]) — auch die sogenannte freiwillige Rechtspflege gerechnet werden muß. Der zweiten entspricht die streitige Civilrechtspflege. Der dritten die Strafrechtspflege.

1) Handbuch. I. S. 41.

2) System der spekulativen Ethik. II. S. 272, 273 freilich hat Wirth die gewichtige Autorität von Mohl für sich.

3) Luden (s. Anm. 1.) bringt gegen Hegel vor: wenn gleich zugegeben werden könne, daß das Unrecht in sich selbst nichtig sei und kein Recht habe, zu bestehen, so würde es doch zur Manifestation dieses Unrechts nicht der Strafe bedürfen, indem schon die Nichtigkeitserklärung und die etwaige Entschädigung, welche der Verbrecher zu leisten hätte, vollkommen dazu ausreichen würden. — Dieser Einwurf ist jedoch ein ganz verfehlter. Daß einmal die vom Verbrecher etwa zu leistende Entschädigung nicht ausreiche, geht aus dem wesentlichen Unterschiede zwischen bürgerlichem und peinlichem Unrechte klar hervor. Wenn die Entschädigung zur Wiederaufhebung des ersteren genügt, so kann sie eben deshalb zur Wiederaufhebung des Plus, was im peinlichen Unrechte liegt, nicht genügen. Dieses Plus ist aber überdies nicht bloß ein quantitatives, sondern auch ein qualitatives Mehr. Eher hat es noch Schein, wenn gesagt wird, daß eine Nichtigkeitserklärung (von Seiten des Staats) ausreichen könnte. Allein auch hier hätte Luden nur den Begriff der Nichtigkeitserklärung klar denken dürfen, um sogleich einzusehen, daß mit seinem Einwurfe in der That gar nichts gesagt ist. Ohne Zweifel hat er Nichtigkeitserklärung hier in dem Sinne genommen, wie sie uns häufig im Privatrechte begegnet, wenn z. B. von der Nichtigkeit eines Testaments, dem gewisse Erfordernisse fehlen, von der Nichtigkeit einer Ehe u. s. f. gesprochen wird. Daß eine solche Nichtigkeitserklärung von der Strafe eines Verbrechens wohl zu unterscheiden sei, hat schon Feuerbach[1]) sehr richtig aufgezeigt, auch versteht es sich schon dem gemeinen Bewußtsein von selbst. Eine solche Nichtigkeitserklärung hat nun den Sinn, daß eine an sich rechtmäßige und

1) Revision. I. S. 71—73.

erlaubte Handlung gleichwohl gewiſſe beſondere rechtliche Wirkungen, die damit beabſichtigt ſind, nicht haben ſolle, weil es ihr an den Erforderniſſen fehlt, durch deren Vorhandenſeyn der Eintritt dieſer Wirkungen bedingt iſt. Wenn nun eine ſolche formwidrige Handlung unternommen und Anſpruch auf die damit beabſichtigten rechtlichen Wirkungen gemacht wird, ſo genügt es allerdings, falls nicht etwa in Verbindung mit der Handlung bereits ein Civilunrecht oder ein Verbrechen exiſtent geworden iſt, an der einfachen Nichtigkeitserklärung, mit welcher ſofort die Forderung des Rechts vollſtändig befriedigt iſt. Aber man denke nur eben an den Fall, daß eine ſolche nichtige Handlung zugleich ein Civilunrecht oder ein Verbrechen involvirt, daß z. B. der in einem nichtigen Teſtament Eingeſetzte bereits über die Erbſchaft verfügt hat, oder daß eine Ehe wegen Bigamie nichtig iſt, ſo iſt klar, daß hier nun im Gegentheil die einfache Nichtigkeitserklärung nicht genügt, ſondern im erſten Falle noch eine Entſchädigung, im zweiten noch eine Strafe hinzukommen muß. Eben deshalb aber, weil der Unterſchied dieſer Art von Nichtigkeitserklärung und derjenigen, aus welcher Hegel die Strafe ableitet, ſo ganz auf der Hand liegt, ſo hätte es auch Luden nicht einfallen ſollen, ihn einer ſolchen Verwechslung zu beſchuldigen. Daß nämlich eine ſolche Beſchuldigung indirekt in Ludens Worten liegt, geht daraus hervor, daß er, ohne den Ausdruck Nichtigkeitserklärung in dem angef. Sinne zu nehmen, das von ihm Geſagte gar nicht als Einwurf hätte vorbringen können. Offenbar verſteht nämlich Hegel, und verſtehen wir mit ihm unter jenem Ausdruck ganz etwas Anderes. Denn zuvörderſt handelt es ſich ja hier nicht von einer an ſich rechtmäßigen Handlung, wobei eine beſondre rechtliche Qualität in Anſpruch genommen wird,

ſondern von einer unrechtlichen, deren Weſen es gerade iſt, das Recht als Recht zu verletzen. Es handelt ſich nicht von der Subſumtion eines beſtimmten Akts unter das Recht als Oberſatz, ſondern im Gegentheil von einer Negation dieſes Oberſatzes. Eben deswegen kann aber, wenn von Nichtigkeit im einen und andern Falle die Rede iſt, dieſer Ausdruck nicht beide Male denſelben Sinn haben. Vielmehr iſt der Sinn im erſten Falle der: es könne die Subſumtion des beſtimmten Akts unter das Recht in der intendirten Weiſe nicht ſtattfinden, es ſei die Handlung als eine juriſtiſch nicht vorhandene anzuſehen. Dabei iſt weder von einer Rechtsverletzung, noch von einer Wiederaufhebung derſelben und Wiederherſtellung des Rechts im Geringſten die Rede; es wird nur von der Sphäre der Rechtsanwendung ein Fall, als dahin gar nicht gehörig, ausgeſchloſſen. Ganz anders im zweiten Falle. Während dort eine Rechtsverletzung erſt dann gegeben wäre, wenn die Nichtigkeit des beſtimmten Akts nicht erklärt würde, ſo liegt hier bereits ein poſitiver rechtsverletzender Akt vor. Dieſer Akt will ſich keineswegs als rechtlicher geltend machen, nimmt keine rechtlichen Wirkungen für ſich in Anſpruch, in welcher Beziehung er als nichtig erklärt werden müßte. Im Gegentheil enthält derſelbe die Negation des Rechts als des in der Sphäre des äuſſeren Daſeins allein Gültigen. Wie könnte alſo hier nur von einer Nichtigkeitserklärung in jenem erſteren Sinne die Rede ſeyn? Hat es aber damit ſeine Richtigkeit, ſo wird ſich ergeben, daß der Tadel gegen Hegel gerade zu ſeiner Rechtfertigung umſchlägt. Nichtigkeitserklärung eines peinlichen Unrechts kann nichts Anderes ſeyn, als eben das, was man unter Strafe verſteht. Die etwa bloß in Worten gegebene Erklärung, daß eine Handlung der Art nicht zu Recht

Digitized by Google

beſtehe, wäre eben nur Nichtigkeitserklärung ihrer ſelbſt. Damit dem Verbrechen ſeine Nichtigkeit erklärt, klar aufgewieſen werde, braucht es eines thatſächlichen Proceſſes, in welchem dieſe Nichtigkeit manifeſtirt wird. Denn ohne dieſen thatſächlichen Proceß würde ja trotz aller Proteſtationen dagegen das Unrecht fortbeſtehen, ſich als geltend behaupten. Dieſer thatſächliche Proceß liegt aber in dem Begriff der Inſich-Nichtigen ſchon eingehüllt, ſofern das Inſich-Nichtige das ſich ſelbſt durch ſich ſelbſt Vernichtende iſt. Wenn nämlich das peinliche Unrecht eine Rechtsverletzung, ſomit ein Zwang gegen den Willen iſt, ſo muß die Negation dieſer Negation nothwendig ſelbſt ein Zwang ſeyn, wodurch der erſte Zwang aufgehoben wird. Eben dieſer zweite Zwang, welcher in demſelben Medium thatſächlich vor ſich gehen muß, in welchem auch der erſte vor ſich gegangen iſt, welcher mithin gleichfalls die Form einer Willensverletzung haben muß, iſt das, was ſich ſpäter zu dem konkreteren Begriff der Strafe fortbeſtimmen wird. Derſelbe iſt es aber allein, was als Nichtigkeitserklärung gegenüber dem peinlichen Unrecht prädicirt werden kann. — Oder hätte etwa Luden auch nicht bedacht, daß ein logiſcher Proceß zugleich ein ſehr realer iſt? Hätte auch er der neueren Philoſophie die Abgeſchmacktheit zugetraut, daß ſie unter Negation und Negation der Negation nur ein Spiel leerer Vorſtellungen, nicht eine ſehr ernſthafte Operation wirklicher lebendiger Mächte verſtehe?

Digitized by

Erster Theil.

Verbrechen und Strafe an sich.

§. 7.

Der bisher betrachtete Begriff des Verbrechens hat sich sofort in seine Momente auseinanderzulegen. Da nun auch die Wiederaufhebung des Verbrechens eine schlechthin an ihm selbst gesetzte Bestimmung ist, so wird mit jener Entwicklung auch die der Momente der Wiederaufhebung des Verbrechens zugleich vor sich gehen müssen, übrigens in der Weise, daß sie stets durch die erstere bestimmt bleibt. Zunächst hat sich nun das Verbrechen

1) objektiv als Rechtsverletzung bestimmt, welche die absolute Nothwendigkeit ihrer Wiederaufhebung als ihr eigenstes Wesen in sich hat. Dies ist im ersten Kapitel näher zu entwickeln. Die bestimmte Weise dieser Wiederaufhebung nun aber, und insbesondre die Einsicht in den wahren Gegenstand derselben treiben

2) das subjektive Moment am Verbrechen hervor, wornach es sich als Handlung und seine Wiederaufhebung als Tilgung einer Schuld bestimmt. Hievon handelt das zweite Kapitel. Endlich aber schließen sich

3) das objektive und das subjektive Moment in dem Begriff der verbrecherischen Handlung und ihres Korrelats, der Strafe, zusammen, was im dritten Kapitel näher auseinandergesetzt wird.

Anm. — Die nähere Motivirung dieser Uebergänge kann erst an den betreffenden Orten erfolgen. Vorläufig wird es gerne zugegeben werden, daß sich das Verbrechen einerseits objektiv, andrerseits subjektiv betrachten lasse, sein Gesammtwesen aber nur in der lebendigen Einheit beider Elemente liegen könne. Abweichungen von der gewöhnlichen Betrachtungsweise liegen dagegen theils darin, daß wir Verbrechen und Strafe zusammen nehmen, theils darin, daß sich in dieser Eintheilung dem Strafgesetze keine besondre Stelle angewiesen findet. Beides ist insbesondre dem Sinne der relativen Theorieen entgegen, die gerade das Strafgesetz als die Hauptsache ansehen und die nicht Verbrechen und Strafe, sondern Strafe und Strafgesetz als Korrelate behandeln. Allerdings hängt auch beides mit dem Wesen einer absoluten Theorie sehr genau zusammen, und es ist deshalb wenigstens nicht sehr systematisch, wenn Abegg einen andern Gang nimmt.

Da es nun der erste Theil überhaupt mit dem Verbrechen und der Strafe an sich zu thun hat, so liegt in diesem die Lehre von dem sogenannten allgemeinen Thatbestande des Verbrechens, worüber uns neuerdings Luden [1]) eine besondere Schrift gegeben hat. Wenn die vorliegende Untersuchung uns mehrfach in die Nothwendigkeit versetzen wird, dieser Schrift entgegenzutreten, so bitten wir hier gleich im Voraus, unsern Standpunkt zu berücksichtigen, der die größte Hochachtung vor den Verdiensten dieses und andrer Gelehrten um das positive Strafrecht keineswegs ausschließt.

---

1) Abhandlungen aus dem Strafrechte. 2ter Band

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die Rechtsverletzung und ihre Wiederaufhebung.

§. 8.

In der Bestimmung des Verbrechens als Rechtsverletzung liegen näher folgende Momente: 1) Das Objekt des Angriffs ist das Recht als solches, d. h. das Wesen des Willens in der Sphäre des äusseren Daseins. Hiedurch ist das Verbrechen einerseits vom Civilunrecht, andrerseits vom Laster und der Sünde unterschieden. Zugleich liegt darin, daß in jedem Verbrechen das Recht in seiner Allgemeinheit regirt wird, daher die Beleidigung, Läsion nicht das Wesen desselben ausmacht, sowie daß jede sittliche Potenz, sobald sie den Boden des äusseren Daseins betritt, Gegenstand des Verbrechens seyn kann.

Anm. — 1) Der Unterschied des Verbrechens vom bürgerlichen Unrechte ist schon oben näher betrachtet worden. Sein Unterschied von Laster und Sünde ist ein längst allgemein anerkannter. Gleichwohl wird für denselben häufig nicht der richtige Grund angegeben, der allein in dem Unterschiede des Rechts von andern sittlichen Potenzen beruht. Auch Wirth[1]) giebt nur eine Folge statt des Grundes an, wenn er diesen in die Aeusserlichkeit der Handlung legt. Denn, daß das Recht nur durch äusserliche Akte verletzt werden kann, liegt eben im Wesen des Rechts als der objektiven Sittlichkeit. Eine innere Verletzung der Sittlichkeit ist gegen die Sittlichkeit in der Potenz des Rechts gar nicht möglich. Man denke nur an die Immoralität und das Verbrechen in Beziehung

1) System der spekulativen Ethik. II. S. 280.

auf daſſelbe ſittliche Objekt, z. B. die Ehe; von erſterer kann gar nicht geſagt werden, daß ſie die Ehe als Rechtsverhältniß zum Gegenſtand habe; ſobald die Immoralität überhaupt nur anfängt, gegen ein ſittliches Verhältniß als Rechtsverhältniß anzukämpfen, geht ſie eo ipso aus ſich heraus und in das Verbrechen über, womit denn freilich auch das Hervorbrechen in einen äuſſeren Akt geſetzt iſt.

2) Daß jedes Verbrechen an ſich die Verneinung des Rechts in ſeiner Allgemeinheit ſei, iſt gleichfalls eine weſentliche, erſt durch Hegel wieder zum Bewußtſein gebrachte Einſicht, übrigens eine von denen, welche man ihm nicht zu verdanken, vielmehr bei Darſtellung und Kritik ſeines Syſtems zu ignoriren oder auch wohl gar nicht zu merken pflegt. Sie iſt indeſſen, beſonders durch Abegg, mit Erfolg geltend gemacht worden und wir können wiederum Luden [1]) als einen ſolchen nennen, der ſich dies mit Recht zu Nutze gemacht hat, wie dies deutlich daraus erhellt, daß er das Verbrechen in ſeinem tiefſten Grunde als eine Verletzung des „objektiven Rechts", des Geſetzes der praktiſchen Vernunft ſelbſt beſtimmt, ohne darum — wie ſich von ſelbſt verſteht — die Verſchiedenheit der Strafbarkeit der einzelnen Verbrechen aufzugeben. Die entgegengeſetzte Anſicht iſt die in den relativen Theorieen herrſchende, welche das Recht nur als den Inbegriff der durch die Maxime der Koexiſtenz vermittelten ſubjektiven Berechtigungen auffaſſen, mithin, um über den engen Begriff der Rechtsverletzung als einer Läſion hinauszukommen, zum Begriff des Verbrechens den Staat und ſeine Zwecke zu Hilfe ziehen müſſen [2]).

1) Handbuch S. 7—23.

2) Feuerbach, Lehrbuch. §. 21. 22.

Der Unterschied liegt in der grundverschiedenen Ansicht von Recht und Staat überhaupt, worüber im Eingang die Rede gewesen ist. Nach der Ansicht der relativen Theorieen ist der Staat ein behufs des Schutzes der subjektiven Rechte producirtes nothwendiges Uebel. Uns ist er die zu einem konkreten Organismus auseinandergebreitete Rechtsidee selbst, daher wir auch in jedem Verbrechen die unendlich negative Tendenz gegen den Staat selbst erkennen. Letzteres ist einer der Punkte, die man auffallender Weise bei Hegel selbst vermißt, die aber von seinen gewöhnlichen Kritikern treuherzig übersehen werden. Treffend ist er dagegen von Wirth hervorgehoben [1]).

3) Indem als Objekt des Verbrechens das Recht überhaupt bezeichnet wird, so fällt der Einwurf weg, den man Hegel mit Recht machen muß, daß er nämlich den Begriff des Verbrechens in dem des Privatverbrechens habe aufgehen lassen, s. Wirth a. a. O. Vielmehr ist das Recht in dem Sinne, wie hier davon die Rede ist, keineswegs das von Hegel so genannte abstrakte Recht, das bei seiner falschen Identifikation der objektiven Sittlichkeit mit der Sittlichkeit überhaupt offenbar seine luftige Stellung bloß der Moralität zulieb, sowie diese die ihrige nur darum hat, damit die subjektive Freiheit noch vor dem Eintritt in die sittliche Wirklichkeit den spekulativen Tod sterben könne. Im Gegentheil ist das Recht in unserem Sinne der gesammte Inhalt der objektiven Sittlichkeit selbst, und es fallen in seinen Umfang alle Arten von Rechtsverletzungen aus dem Kreise des Staatsrechts so gut, wie aus dem des Privatrechts; überhaupt alle Verletzungen irgend einer sittlichen Potenz,

1) System der spekul. Ethik. II. S. 281. Anm.

Digitized by Google

sofern diese, den Boden der Objektivität betretend (wie z. B. die religiöse Sittlichkeit in der Form der Kirche), den Typus des Rechts annimmt. — Wenn dagegen Hepp [1]) gegen Hegel einwendet: sein Grundprincip, die Nichtigkeit des Unrechts in sich, beweise theils zu viel, theils zu wenig, — jenes, weil es konsequenterweise auch zur Bestrafung der bloßen Immoralität führen würde, — dieses, weil darnach keine genügende Grenze zwischen der Civil- und Straf-Gesetzgebung des Staats zu ziehen wäre, so treffen diese Einwendungen nicht. Denn Hegel schreibt der Immoralität doch gewiß kein Recht zu bestehen zu; aber daraus folgt doch nicht, daß ihre Wiederaufhebung mittelst des äusserlichen Processes der Strafe stattfinden müßte. † Und was die Grenze zwischen Civilunrecht und Verbrechen betrifft, so ist es ein großes Mißverständniß, wenn Hepp meint, unter der Verletzung des Rechts als Rechts sei „jede vorsätzliche Verletzung" zu verstehen. Eine vorsätzliche Handlung, wodurch ich andere verletze, ist allerdings auch beim Civilunrechte möglich. Aber sobald mein Vorsatz ist, nicht bloß deshalb, weil ich Recht zu haben glaube oder meine Handlungsweise überhaupt noch für vereinbar mit dem Recht halte, in die Rechtssphäre eines Andern einzugreifen, — sobald er dahin geht, in und mit diesem Eingriff in eine bestimmte Rechtssphäre das Recht als Recht zu verletzen, seine Heiligkeit principiell zu negiren, so ist eben damit kein Civilunrecht mehr, sondern das Verbrechen vorhanden. Umgekehrt ist daher zu behaupten, daß die fragliche Grenze gar nicht schärfer gezogen werden kann.

§. 9.

2) Gleichwohl ist das Recht in dieser unbestimmten Allgemeinheit kein möglicher Gegenstand der Verletzung. Denn

1) Strafrechtstheorieen. S. 179. 184. 185.

Digitized by Google

im Begriffe des Rechts liegt wesentlich die objektive Existenz, mithin die Bestimmtheit nach Größe und Art. Soll also das Recht als Recht verletzt werden, so muß es in dieser seiner quantitativen und qualitativen Bestimmtheit verletzt werden. Es muß daher die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz zum bestimmten Akt sich besondern, der gleichfalls in die Sphäre des äussern Daseins fällt. Auch die Verletzung ist mithin nur als eine nach Art und Größe bestimmte möglich.

Anm. — Dieses Moment wird von allen denen, welche dem Verbrechen den Begriff der Läsion unterlegen, einseitig festgehalten. Sie würden, da sie sich das Recht nur als die Summe der subjektiven Berechtigungen denken können, folgerichtig dahin kommen, das Strafrecht überhaupt in Privatrecht aufzulösen; aber freilich helfen sie sich gewöhnlich damit aus, daß sie den Begriff des Staats zu Hilfe rufen, um dem Verbrechen einen weiteren Inhalt zu verschaffen. Bei solchen nun, die, wie Fichte und Feuerbach, auf dem Boden der Ichphilosophie feststehen und es, wie mit dem Moralgesetze, so auch mit dem äusseren Gesetze und dem Staate streng nehmen, leidet die Gesammtansicht über das Strafrecht keineswegs an gefährlicher Larität, wozu die konsequente Durchführung des Läsionsbegriffs führen müßte; viel eher könnte man ihnen eine nur zu sehr übertriebene politische Strenge vorwerfen. Umsomehr tritt dagegen jene schlimme Folge bei den Eklektikern hervor, welchen die gedachte feste Grundlage fehlt und die Hauptangelegenheit nur darin besteht, das Ich möglichst gegen die unbequemen Ansprüche des Staats zu schützen und daher unter den Rechten des Staats vornämlich auch das Strafrecht auf alle Weise zu verklausuliren. Man darf hier nur an die abenteuerliche Weise erinnern, womit

Digitized by Google

so viele Verbrechen, wider allen gesunden Menschenverstand, unter den Begriff der Läsion gezwängt werden, oder an die gefährliche Wirthschaft, die man mit dem beliebten Grundsatz: Volenti non fit injuria getrieben sieht.

So sehr es nun aber verkehrt ist, an dem Momente der Bestimmtheit der Rechtsverletzung einseitig festzuhalten, ebenso fehlerhaft ist es andererseits, wenn man dasselbe ignorirt und dem stoischen Grundsatz, daß omnia delicta paria seien, huldigt. Denn hiemit löst man umgekehrt das Strafrecht in Moral auf. Freilich zieht unter den bekannten Strafrechtstheorieen keine diese letzte Konsequenz. Aber es ist klar, daß alle diejenigen, welche die Strafe als eine moralische Wiedervergeltung auffassen, bei einiger Folgerichtigkeit auf das gedachte Resultat kommen müßten. Auch ist dies der einzige wirklich entscheidende Einwurf gegen diese Gattung von Theorieen, und erscheint deshalb die viele Mühe, welche man mit anderweitigen Widerlegungen derselben aufgewandt sieht, völlig überflüssig.

Als Beispiele für geschichtliche Manifestationen der einen und der andern Abstraktion können einerseits das altdeutsche Strafrecht in der Form des Kompositionssystems, andererseits das Strafrecht der römischen Republik mit seiner an Fichte's Grundlegung des Strafrechts erinnernden politischsittlichen Austerität dienen.

§. 10.

3) Da nun die Wiederaufhebung der Verletzung, als Negation der in dieser gesetzten Negation, selbst als Verletzung des Verletzenden auftreten muß, so muß sie die gleiche Bestimmtheit nach Art und Größe als ein äusserlicher Akt an sich tragen, sie muß Wiedervergeltung des Zwangs mit Zwang nach dem Principe des gleichen Maßes, des Werthes, seyn.

Anm. [1]) — Diese Deduktion der Wiedervergeltung zu bekämpfen, hat sich neuerlich Hepp in seiner oben angeführten Schrift: Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtstheorieen, 2te Auflage, besonders angelegen seyn lassen. Da er jedoch in der Vorrede selbst als seinen Standpunkt nicht den philosophischen, sondern den eines praktischen Juristen und den eines christlich-religiösen Mannes bezeichnet, so kann von seiner Ausführung hier füglich Umgang genommen werden.

§. 11.

Die unmittelbare Form der Wiedervergeltung ist die Rache. Sie ist dem Inhalte nach gerecht, weil sie das in sich Nichtige, die Rechtsverletzung, als nichtig behandelt. Der Form nach aber ist sie ungerecht, weil sie von dem besondern Willen ausgeht, und deshalb ihre Gerechtigkeit eine zufällige ist. Zwar ist es der im besondern Willen immanente allgemeine, der die Rache hervortreibt; das Rechtsgefühl des Verletzten spricht sich darin aus. Aber der allgemeine Wille ist hier eben durch das Interesse des besondern getrübt und sein Akt tritt als Akt des besondern hervor. Darin liegt, daß die Rache in sich selbst maßlos und dem Verletzer gegenüber eine neue Verletzung ist. Maßlos ist die Rache in der doppelten Beziehung, daß sie einerseits auf der Seite des Verletzten die Allgemeinheit von der Besonderheit, das wirkliche objektiv gewordene Unrecht von der Unendlichkeit, die es in der subjektiven Empfindung annimmt, nicht unterscheidet, andererseits ebenso auf der Seite des Verletzers nicht unterscheidet, ob und in wie weit in der äusserlich gewordenen Rechtsverletzung seine Besonderheit enthalten ist, oder nicht. Indem aber die Rache als neue Verletzung hervortritt, so ruft sie wieder eine Verletzung, diese wieder eine u. s. f. in's Unendliche fort hervor.

1) Die Darstellung anderer Strafrechtstheorieen kann nach der hier befolgten Methode natürlich erst weiter unten folgen.

Digitized by Google

Anm. — Das Moment der Maßlosigkeit der Rache hat Hegel (§. 102.) zwar im Allgemeinen treffend angegeben, aber nur nach der einen seiner Beziehungen, welche am besten an dem noch im modernen Staate vorkommenden Duell studirt werden kann. Ebenso wesentlich ist aber die andere, welche besonders auf dem Standpunkt der noch unreifen Staaten, wo die Rache als allgemeine Form der Wiederaufhebung des Unrechts vorkommt, sich herausstellt, — daß nämlich die Rechtsverletzung nur als ein Objektiväusserliches betrachtet und auf die Schuldunterschiede nicht Rücksicht genommen wird. Ueber dem Barbarischen, was in dieser Form der Rechtsübung bei noch unkultivirten Völkern liegt, darf man auch die sittliche Unschuld, die naive Frömmigkeit nicht übersehen, welche darin liegt, wenn auch das Ungefähr als Schuld getragen und in dem, was unser moralisches Gefühl beleidigt, ein dämonisches Walten gläubig verehrt wird. Damit hängt die Heilighaltung des Unglücks, auch auf einem schuldigen Haupte, zusammen, die so eigen mit der pharisäischen Selbstgenügsamkeit kontrastirt, wie sie in gebildeteren Zeiten auf den Verbrecher herunterstieht. Das Wesen einer solchen naiven Anschauung kann — freilich nicht mehr in seiner vollen Eigenthümlichkeit — an vielen prägnanten Zügen des altgermanischen Strafrechts nachgewiesen werden. — Uebrigens erhellt aus dem o. Ang., daß die Ableitung des Strafrechts aus der Rache, wie sie Luden [1]) versuchte, einen relativ wahren Grund hatte und insoweit von Hepp [2]) ganz ohne Noth angegriffen wurde.

---

1) Vorrede zur Uebersetzung von Romagno 51. — Im Handbuch ist Luden A. M.

2) Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen des Auslandes. S. 64. Anm.*

Digitized by Google

§. 12.

Die Forderung der Auflösung dieses Widerspruchs enthält die Forderung einer von den Interessen des besondern Willens ungetrübten Reaktion gegen das Verbrechen, zunächst also die Forderung eines Willens, der, als besonderer, das Allgemeine als solches wolle. Dieser Wille ist aber durch die vorige Entwicklung bereits gesetzt. Denn eben durch die im Begriff des Unrechts sich vollziehende Aufhebung der Identität zwischen dem Wesen des Willens und seiner Erscheinung hat sich der besondere Wille als solcher frei gemacht und in seinem Unterschiede vom allgemeinen erfaßt, mit der Bestimmung, in diesem seinem selbstständigen Fürsichsein die adäquate Erscheinung des substantiellen Willens zu sein.

§. 13.

Mit dieser Forderung eines in der Form der Besonderheit das Allgemeine wollenden Willens erfüllt sich aber auch zugleich die Forderung, daß bei der Wiederaufhebung der Rechtsverletzung diese nicht in ihrem unmittelbaren äusserlichen Dasein, sondern als ein durch den Willen Gesetztes, als Produkt seiner in seiner Besonderheit unendlichen Freiheit in Betracht gezogen werde. Hiemit bestimmt sich aber das Verbrechen als Handlung, und seine Wiederaufhebung als Tilgung der Schuld.

Anm. — 1) Beide Forderungen: daß die Wiederaufhebung des Verbrechens nicht von einem Privatwillen ausgehe, und daß im Verbrechen nur die Schuld gestraft werde, hängen genau mit einander zusammen. Sie enthalten beide die Forderung, den besondern Willen in seinem selbstständigen Fürsichsein, das einemal gegenüber der Welt des substantiellen Willens, das anderemal gegenüber der Welt des endlichen objektiven Daseins anzuerkennen. Auch pflegt geschichtlich die Erfüllung beider Forderungen zusammenzufallen.

gitized by

2) Der Uebergang, wie er hier von der objektiven Seite des Verbrechens zu der subjektiven Seite desselben gemacht wird, könnte auf den ersten Blick mit dem Uebergang, wie ihn Hegel vom abstrakten Rechte zur Moralität macht, zusammen zu fallen scheinen. Denn indem wir nun das Verbrechen als die That des unendlich freien Einzelwillens betrachten, scheinen wir uns in die ganze Breite des moralischen Gebiets auszulassen. Und in der That ist hier auch der Punkt, wo die Philosophie des Strafrechts und des Rechts überhaupt am nächsten an die Moral grenzt, daher denn auch Michelet den ganzen ersten Theil seiner Moral der Darstellung der kriminalistischen Zurechnung gewidmet hat. Gleichwohl muß aber auch hier die Grenze zwischen beiden Gebieten scharf gezogen werden. Daß dies bei dem uns speciell beschäftigenden Gegenstande möglich sei, wird das folgende Kapitel zeigen. Indessen kann hier im Allgemeinen Folgendes bemerkt werden. Der Uebergang, wie er hier auf dem besonderen Gebiete des Strafrechts gemacht wird, fällt allerdings mit einem Uebergang in der gesammten Rechtsphilosophie nahe zusammen. Allein auch hier ist er keineswegs Uebergang zur Moralität, sondern zu einer konkreteren und beschränkteren Bestimmtheit der subjektiven Freiheit. In der Rechtsphilosophie handelt es sich so wenig um die gesammte Subjektivität des Menschen, als um seine Individualität. Es handelt sich darin nur um seine Persönlichkeit und um seine Subjektivität nur eben soweit, als das persönliche Wohl, das Interesse des persönlichen Fürsichseins ihren Gegenstand ausmacht. Wenn es die Aufgabe der Ethik überhaupt ist, den Proceß der Vermittlung der Gattung mit dem Individuum zum Reichthum einer organisch gegliederten Welt darzustellen, so ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie

Digitized by Google

insbeſondere die, dieſen Organismus als das äuſſere, aus der Natur lebende, ſie beherrſchende und verklärende Reich der Vernunft zu entwickeln. Die Elemente, um deren ſittliche Einheit es ſich hier handelt, können daher nicht die geſammte Willensſubſtantialität auf der einen, und die volle Subjektivität auf der andern Seite ſein, ſondern es muß ſowohl der Gattungs-, als der Einzelwille hier in der konkreten Beſtimmtheit durch die objektive Exiſtenz aufgefaßt werden. Nur der ſociale Zuſtand iſt der Boden der hier vor ſich gehenden Entwicklung. Dann kann aber natürlich das abſtrakte Recht zu ſeinem Gegenſatz nicht die Moralität haben; ſondern es werden ſich als die Elemente des aus der Auflöſung der Familie (der ſubſtantiellen Perſönlichkeit) hervorgehenden ſocialen Zuſtands das abſtrakte Recht und das abſtrakte Wohlergehen, und die immer konkretere Vermittlung dieſer beiden Elemente wird die Geneſis des Staats als der Totalität des ſocialen Organismus ausmachen [1]). — Wenn wir nun alſo hier auf den Standpunkt der Subjektivität übergehen, ſo haben wir es nicht mit der Moralität, ſondern wir haben es nur mit der menſchlichen Subjektivität zu thun, wie ſie für den Staat iſt, alſo nur mit dem Menſchen als für ſich gewordener Perſon, wie er ſich handelnd an die Objektivität und ihr Geſetz preisgibt. Die Folgen dieſer Beſchränkung werden ſich bald zeigen.

---

1) Die nähere Begründung kann nur in einem Syſteme der geſammten Rechtsphiloſophie gegeben werden.

Zweites Kapitel.

Die verbrecherische Handlung und die Tilgung der Schuld.

---

§. 14.

Der Begriff des Verbrechens entsteht durch die Losreißung des besonderen Willens aus seiner Einheit mit dem allgemeinen. Es ist hienach gesetzt durch den besondern Willen, sein Produkt. Andererseits setzt die Möglichkeit, daß ein solcher besonderer Wille überhaupt sei und ein solches Produkt, wie das Verbrechen, hervorbringe, jene Einheit der Besonderheit des Willens mit seiner Allgemeinheit als ein Bestehendes voraus, d. h. sie setzt eine Welt der objektiven Sittlichkeit voraus, von der sich unterscheidend der Wille eben zum Bewußtsein seiner Besonderheit kommen kann. Hiemit ergibt sich als der Gang der Entwicklung dieser:

1) ist die Genesis des besonderen Willens zum verbrecherischen aufzuzeigen. Erster Abschnitt. Sofort

2) haben wir die Aktivirung dieses verbrecherischen Willens in der verbrecherischen Handlung und seine Schuld zu betrachten. Zweiter Abschnitt.

3) bestimmt sich nun die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld des besondern Willens. Dritter Abschnitt.

Anm. — 1) Der erste Abschnitt hat es mit einer Materie zu thun, die in ihrer besondern Beziehung zum Strafrecht seit Feuerbach die gehörige Würdigung nicht mehr gefunden hat. Zwar hat sich Stahl in seiner Weise damit beschäftigt; aber diese Weise erinnert vielmehr an eine theologische Dogmatik oder ein Erbauungsbuch, als an eine philosophische Entwicklung der

Principien des Strafrechts. Die Darstellung der Idee des Willens, womit Hegel seine Rechtsphilosophie beginnt. enthält nun allerdings das solide Fundament, auf dem in dieser Sache weiter zu bauen ist. Allein man macht sich doch das Geschäft zu leicht, wenn man entweder, wie Michelet, mit der Entwicklung des Begriffs der formellen Zurechnung die ganze kriminalistische Imputationslehre abgethan zu haben glaubt, oder, wie der neueste Bearbeiter dieser Lehre [1]), sosehr in den Fesseln des Hegel'schen Systems bleibt, daß man auch die Moralität noch als integrirenden Theil der Rechtsphilosophie annimmt und aus diesem Abschnitte in Verbindung mit der Einleitung in die gesammte Rechtsphilosophie die Imputationslehre rekrutirt. Wie mager unsere Lehrbücher hinsichtlich der in Rede stehenden Frage sind, lehrt der erste Blick; und doch ist sie die Kardinalfrage für das ganze Strafrecht.

2) Wenn das Verbrechen einerseits nur als menschlicher Willensakt möglich ist, so ist andrerseits auch dies wohl zu beachten, daß der verbrecherische Wille nur durch einen Entwicklungsproceß zu Stande kommt, der das Bestehen einer objektiv sittlichen Welt voraussetzt. Hier zwar kann es sich noch nicht um die objektive Wirklichkeit dieser Welt handeln, sondern nur um das Wissen des Menschen von ihr und der Nothwendigkeit, daß sie sei. Aber auch in dieser Beschränkung ist der Satz von großer Wichtigkeit. Denn er enthält eben das Princip für die Genesis des verbrecherischen Willens und hiemit für die Entscheidung mehrerer Fragen, deren Wichtigkeit in den Lehrbüchern ignorirt wird, dagegen durch die

1) Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. Berlin. 1843.

gesetzgeberischen Bestrebungen der Zeit zum Bewußtsein gebracht worden ist, wie z. B. der Frage über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Uebelthäter. Der verbrecherische Wille setzt das Wissen von der Nothwendigkeit einer objektiv sittlichen Welt voraus. Darum fehlt er beim Kinde, und fehlt bei kindlichen Völkern, denen die Sitte noch nicht in der strengen Form des Gesetzes sich befestigt hat. Sehr richtig ist die Bemerkung von Wirth, daß die Selbstobjektivirung der sittlichen Idee zu geltenden Potenzen, wie die Möglichkeit, so auch das sollicitirende Princip des subjektiven Bösen sei. Denn das Gesetz hat immer die Seite der absoluten Nothwendigkeit an sich, gegen welche, als eine tyrannische Gewalt, die menschliche Freiheit in einem bestimmten Stadium ihrer Entwicklungsgeschichte jedesmal sich auflehnt und auflehnen muß. Nur muß man freilich bei dieser Betrachtung nicht stehen bleiben, wenn man nicht entweder in die Feuerbachische Ansicht vom Verhältnisse des Gesetzes zur Freiheit und folgeweise in die Bestimmung der Strafe als einer Dressur, oder aber in die materialistische Ansicht, wornach das Verbrechen nothwendig und alle Strafe ungerecht ist, verfallen will. Sie ist aber, relativ festgehalten, sehr wichtig, weil sie dazu dient, den Hochmuth der Legalität herabzustimmen, die in der Trägheit ihres Willens sich so unendlich erhaben über demjenigen glaubt, den die Energie seiner Freiheit zum Bruche mit dem Gesetze fortgerissen hat, und der gleichwohl viel sittlicher sein kann, als jene zahmen Jochträger in ihrer schläfrigen Selbstgenügsamkeit.

Digitized by Google

Erſter Abſchnitt.

Die Geneſis des verbrecheriſchen Willens.

---

§. 15.

Die ſittliche Idee hat ihre Erſcheinung im menſchlichen Geiſte, als dem adäquaten Medium zur Entfaltung ihres Lebensproceſſes. Das Weſen der ſittlichen Idee iſt nämlich überhaupt, Lebensproceß, Subjektivirung der Subſtanz, Ichwerden des allgemeinen Geiſtes zu ſein. Dieſes Subjekt, dieſes Ich realiſirt ſich aber allein im Menſchen. Nur in ihm erwacht der in der Natur ſchlummernde Geiſt zum Selbſtbewußtſein, zur Energie des Willens. Die Natur iſt zerſtreuter, in der Zerſtreuung gefangener Geiſt, ſein nach außen gewendeter, in die unendliche Vielheit zerſplitterter Reichthum. Sie iſt Schöpfung des Willens, aber ſelbſt ohne Willen. Der Wille ſucht ſich ſelbſt in ihr, und findet ſich endlich in ihr, in der Krone der Schöpfung, dem Menſchen. Das Weſen des Geiſtes, Einheit in Allem zu ſein, treibt ihn nämlich in den unendlichen Fluß des Werdens, in die unendliche Zeugung von Geſtalt auf Geſtalt, in das Auſſereinander der Natur hinaus. Aber eben in dieſer Unendlichkeit der endlichen Beſtimmtheit ergreift den Geiſt die allgewaltige Sehnſucht, ſeine Einheit wieder zu finden. Seine Allgemeinheit ſucht ſich in der unendlichen Beſonderheit, und findet ſich in der Einzelheit. Denn nur in der Einzelheit vermag ſich Allgemeines und Beſonderes zu durchdringen, in der Beſtimmtheit, das Unendliche darzuſtellen. Die Energie dieſer Einzelheit aber, in welcher der Geiſt die Natur bezwingt und zu ſeinem verklärten Leibe macht, iſt der menſchliche Wille.

Anm. — Dem Standpunkt des ſubjektiven Idealismus gegenüber muß hier zuvörderſt der Standpunkt

des objektiven Idealismus überhaupt festgestellt werden. Dieser besteht aber darin, daß ein Sein der sittlichen Idee in der Potenz des Wesens noch vor allem Eintritt in das anthropologische Gebiet anerkannt wird. Der subjektive Idealismus läugnet im Gegentheil das substantielle Fürsichsein der sittlichen Idee als allgemeinen Geistes. Ihm fällt von vorn herein dieses wesentliche Sein mit der Erscheinung im Ich zusammen, und damit entsteht ihm sein charakteristischer Dualismus innerhalb des Ichs. Die Konsequenzen daraus für die Freiheitslehre, wie sie besonders von Feuerbach gezogen und zur Grundlage seines Strafrechtssystems gemacht worden sind, werden später zu genauerer Erörterung kommen müssen. Hier ist vorerst nur der allgemeine Standpunkt entschieden zu bezeichnen. Wenn nun aber das Wesen der sittlichen Idee als Prius behauptet und das anthropologische Gebiet nur als die Erscheinung dieses wesenhaften Seins aufgefaßt wird, so kann nun freilich an diesem Ort eine nähere Auseinandersetzung über jene Wesenheit des Willens nicht erwartet werden, sondern es ist nur an das Resultat ihrer Entwicklung anzuknüpfen, wornach sie Lebensproceß ist und ein Entwicklungsmedium in der Wirklichkeit fordert. Deshalb ist in dem vorstehenden Paragraphen nur angedeutet, daß wir die sittliche Idee in einem viel weitern Sinne, als Hegel, daß wir sie universell nehmen und ihr eine nicht nur psychologische, nicht nur politische, sondern eine kosmologische Bedeutung beilegen. Die Ethik ist uns nicht bloß Wissenschaft vom objektiven, sondern vom absoluten Geiste, und ihre Aufgabe die, ein sittliches Universum als Welt dieses absoluten Geistes zu konstruiren. Hiernach ist die Voraussetzung unsrer folgenden Darstellung die Deduktion des Willens aus dem reinen Begriff des Absoluten.

Digitized by Google

Eben dieſe Deduktion hat aber nichts anderes zu ihrem Inhalt, als den Durchgang des Abſoluten durch die Natur zur Ichheit, deren reine Energie der Wille iſt. Das Weſen des Willens iſt aber weiter, die Verwirklichung ſeiner abſoluten Einheit in der unendlichen Beſtimmtheit, die unendliche Durchführung ſeiner Allgemeinheit durch die Beſonderheit zu ſein. Das Medium dieſer unendlichen Durchdringung der reinen Allgemeinheit und der Beſonderheit iſt aber nur die Einzelheit, und deshalb iſt das menſchliche Ich die Erſcheinung für den Lebensproceß der ſittlichen Idee. Im menſchlichen Geiſte geht jene Selbſtverwirklichung des reinen Willens vor ſich. Dies iſt das Jovisſiegel, welches der Menſch an ſeiner Stirne trägt, wodurch er die Krone der Schöpfung wird. Aber freilich ruht unter dieſem Jovisſiegel auch das Kainsmal; nur, weil des Menſchen Geiſt zum Tempel Gottes beſtimmt iſt, kann er auch das Verbrechen gebären.

§. 16.

Das reine Weſen des Willens ſchließt folgende Momente in ſich:

1) liegt darin die reine unendliche Sichſelbſtgleichheit des Willens, ſeine unendliche Selbſtaffirmation, ſeine Allgemeinheit als reine Kontinuität, und zwar in der doppelten Bedeutung, daß es a) das Weſen des Willens iſt, über alle Beſtimmtheit unendlich hinausgehen, ſich ſelbſt gleich ſein zu können, b) in aller Beſtimmtheit reine Kontinuität ſeiner ſelbſt zu bleiben. In beiden Beziehungen iſt aber dieſe reine Allgemeinheit des Willens c) die Negation der Beſtimmtheit und ſetzt eben damit die Beſtimmtheit an ſich ſelbſt. — Vermöge des Moments ſeiner Abſtraktionsfähigkeit vom Andern iſt der Wille reine Freiheit. Vermöge des Moments ſeiner reinen Kontinuität im Andern iſt er die Möglichkeit des Guten. Beides liegt als negatives und poſitives Element in ſeiner

reinen Allgemeinheit. Indem aber mit der Negation der Beſtimmtheit dieſe ſelbſt geſetzt iſt, ſo ſchlagen auch jene Elemente in ihr Gegentheil über. Die reine Freiheit, für ſich feſtgehalten, iſt die Freiheit der Leere, die Abſtraktion vom Willen ſelbſt, das Nichtwollen, d. h. ein Unding. Das Gute, als reine Kontinuität in ſeinem Andern, iſt Indifferenz gegen ſein Gegentheil, hiemit die Möglichkeit des Böſen. Im Willen liegt deshalb

2) ebenſo weſentlich die Beſtimmtheit und zwar wiederum in der doppelten Bedeutung, daß es a) das Weſen des Willens iſt, aus der unterſchiedsloſen Unbeſtimmtheit zur Unterſcheidung, zum Setzen einer Beſtimmtheit überzugehen, ſich zu beſchränken, daß b) eben damit an die Stelle der reinen Kontinuität die reine Diskretion tritt. In beiden Beziehungen iſt aber c) das Moment der Beſtimmtheit ebenſowenig das ganze Weſen des Willens, als dies das Moment der reinen Allgemeinheit war. Es würde im Gegentheil der Begriff des Willens ſich zu ſeinem Gegentheil verkehren, wenn er nicht aus der Beſtimmtheit in die Allgemeinheit zurückzugehen vermöchte. Beide Momente ſetzen ſich ebenſowohl gegenſeitig, als ſie einander negiren. — Vermöge des Moments a) erhält der Wille, der zuvor nur als reine Form geſetzt war, überhaupt einen Inhalt, er will Etwas, tritt aus der Freiheit der Leere hervor, wird wirklicher Wille. Vermöge des Moments b) dagegen iſt nun gegenüber der Möglichkeit des Guten die Möglichkeit des Böſen, als des Abfalls von der Allgemeinheit, der Negation der Einheit, der Zerriſſenheit des Willens geſetzt. Beides liegt wiederum als poſitives und negatives Element in der Beſtimmtheit. Der aus dieſer quellende innere Widerſpruch macht ſich aber gleichfalls wieder an den beiden Elementen geltend. Die Beſtimmtheit des Wollens überhaupt, für ſich feſtgehalten, führt zur Verſenkung ins Beſondere, zur Knechtſchaft und Thierheit des Willens. Das

Böse, als vollendete Diskretion, ist unendliches Setzen von Bestimmtheit und hiemit unendliche Ausschließung aller Bestimmtheit, Auflösung seiner selbst in die Unbestimmtheit der allgemeinen Ironie, in die Sattheit an sich selbst, worin die Rückkehr zum Guten liegt.

3) ist daher der Wille seinem ganzen Wesen nach nur die Einheit beider Momente, unendliche Verwirklichung seiner Einheit in der Bestimmtheit, — auch dies wieder in der doppelten Bedeutung, daß a) der Wille sich frei aus der Unterscheidung zurücknehmen und zu seiner Sichselbstgleichheit wiederherstellen, daß er in der Bestimmtheit bei sich selbst, bei seiner Allgemeinheit bleiben kann, was erst die wahre Freiheit und damit das wahre Wesen des Willens ausmacht, b) daß weder die reine Kontinuität, noch die reine Diskretion das Wesen des Willens ist, sondern nur die Kontinuität in der Diskretion. Die Diskretion hat aber c) eben wie die Kontinuität ihr Medium an dem sich selbstbestimmenden Willen, sofern dieser die Freiheit ist, auch in seiner Negation sich selbst zu affirmiren. — Der Wille seinem vollen Begriffe nach ist mithin freie Selbstbestimmung, die ihre unendliche Einheit auch durch den Widerspruch der von ihr selbst gesetzten Bestimmtheit hindurch verwirklicht. So ist er Weltzweck, der das Böse als Moment am Guten setzt, um dieses als das allein wahre Sein des Willens aus seiner Negation ewig wiederherzustellen. Der Lebensproceß aber, welchen dieser Weltzweck setzt, hat seine Erscheinung am menschlichen Willen.

Anm. — Diese Sätze können hier nicht bewiesen, sondern müssen aus dem System der ganzen Ethik her vorausgesetzt werden. Dies kann um so unbedenklicher geschehen, als sie für unsern Zweck von keiner unmittelbaren Anwendung sind, vielmehr nur dazu dienen sollen, auf die tiefere Grundlage der folgenden psychologischethischen Bestimmungen aufmerksam zu machen. Indessen

Digitized by Google

kann doch soviel hier bemerkt werden, daß es sehr an der Zeit ist, die Dürftigkeit der Willensbestimmungen, womit Hegel die Rechtsphilosophie einleitet, einzusehen und das Wesen des Willens gründlicher zu untersuchen. So unzweifelhaft richtig nämlich auch jene Bestimmungen sind, so sind sie doch insofern dürftig, als sie das Wesen des Willens erschöpfen sollen, was doch keineswegs der Fall ist. Aus dem ersteren Grunde sind sie im obigen Paragraphen beibehalten, aus dem letzteren aber durch die wesentlich dazu gehörenden kosmologischen Bestimmungen erweitert worden, die in jenen liegen und nur aus ihnen entwickelt zu werden brauchen. — Das Element der reinen Allgemeinheit enthält als negatives Moment allerdings die reine Unbestimmtheit, die leere Form der Freiheit, wie sie sich bei Hegel angegeben findet. Zugleich enthält sie aber als positives Moment die reine Kontinuität des Willens in seinem Andern, worin der Begriff des Guten liegt. „Es ist dies die Vorstellung, die jeder vom Guten mitbringt, daß es das Innerste der Welt der Willen sei, welche sie unter einander erhält; dies ist aber nur das Wollen der reinen Ichheit, welche in ihrer Einzelheit nichts ist, als unendliche Bejahung ihrer in allem Andern. Milde, Liebe, Wohlthätigkeit sind lauter konkrete Gestaltungen dieser reinen Form des Willens." (Wirth I. S. 27.). — Ebenso enthält andererseits unzweifelhaft das Element der Bestimmtheit am Willen einmal als positives Moment die Besonderung des Willens überhaupt, zugleich aber als negatives den Abbruch von der Kontinuität, die Zerstreuung in die Diskretion, worin der Begriff des Bösen liegt. „Das Böse bestimmt sich seinem innersten Wesen nach als der negative Wille, nicht etwa in dem schlechten Sinne einer bloßen Schranke und Privation, sondern als der positive Wille des abso-

luten Ausschließens; ist das Gute das Positive des Willens als reine Kontinuation des wollenden Ichs in allen anderen, so daß sein bestimmter Akt nicht ausschließender Akt ist, — so ist der negative Wille Setzen von bestimmten Akten, um andere, bestimmte Willen zu vernichten, er ist der beständige Widerspruch, der Geist, der stets verneint." (Ebend. S. 28). — Haben aber die Elemente des Willens diese doppelte Seite an sich, so muß diese nothwendig auch an ihrer Einheit hervortreten. Der Begriff der freien Selbstbestimmung muß sich zu dem der über die Diskretion übergreifenden Kontinuität, der den Widerspruch ihrer Bestimmtheiten überwindenden Einheit, zum Begriffe des Weltzwecks erweitern, der das Gute als ewigen Sieg über das Böse will. — Das Resultat der ganzen Entwicklung des Begriffs des reinen Willens ist nun aber, daß er wesentlich Lebensproceß ist und sein Medium eben in der Einzelheit, dem Ich hat, worin allein die Durchdringung des Allgemeinen und Besondern vor sich gehen kann, mithin im menschlichen Willen, zu dessen Betrachtung wir nun, als zu unserem nächsten Zwecke, übergehen.

§. 17.

Das reine Wesen des Willens als Weltzweck projicirt sich in die Bestimmtheit der Natur, um aus ihr als subjektives Selbstbewußtsein hervorzugehen und von diesem aus seine universelle Verwirklichung zu finden. Seine Verwirklichung im menschlichen Geiste ist daher nichts anderes, als die Selbstentwicklung der Natur des menschlichen Geistes zur Erscheinung der sittlichen Idee. Zunächst also erscheint der Wille als natürlicher Wille.

I. Der natürliche Wille.

§. 18.

Indem der Wille in die Naturform eingeht, muß er nothwendig eine zwiefache Bestimmtheit an sich haben. Einmal muß er sein Wesen als Wille behalten, welches darin besteht, Koncentration in die Einzelheit, Ichheit zu seyn. Andrerseits muß er die Naturbestimmtheit annehmen, welche darin besteht, die Momente der Idee nur gesondert, als selbständige Mächte gegen einander darzustellen. Daraus ergiebt sich die Eigenthümlichkeit des natürlichen Willens, Koncentration in die Ichheit innerhalb des noch ununterschiedenen, unbewußten Gegensatzes von Geist und Sinnlichkeit zu seyn. Das erste Moment ist die Empfindung. Das zweite setzt den aus der Empfindung quellenden Trieb in der Naturform, d. h. als eine Menge selbständiger, einander ausschließender Triebe. Die Einheit beider stellt als das charakteristische Wesen des natürlichen Willens die Koncentration der Ichheit in den Trieb dar, die aber eben sogut in das Centrum der unendlichen Einheit der Empfindung schlagen, als in die Knechtschaft eines ausschließenden Triebs sich gefangen geben kann. Sein Erscheinungsmedium hat der natürliche Wille im Gemüthe.

§. 19.

In dem so beschaffenen Wesen des Gemüths kehrt die oben aus dem Wesen des Willens abgeleitete Möglichkeit des Guten und des Bösen als fixirt in natürlichen Anlagen wieder. 1) Ist nämlich das Gemüth die reine Kontinuität der Empfindung, das Gefühl der unendlichen Liebe, woraus der Trieb zur sittlichen Harmonie der Seele quillt. Es ist die kindliche Knospe des sittlichen Charakters. In ihm blüht das Gefühl des Guten als der durch alle Bestimmtheit sich fortsetzenden Selbstbejahung des absoluten Willens auf. Es stellt sich dar als schwärmerische Liebe, die in allem Edlen und Trefflichen

das eigne Weſen wiedergeſpiegelt ahnt, und unmittelbar daraus quillt der Trieb, ſich die Fülle dieſer Ideale anzueignen. Aber 2) hat nun gleichwohl das Gemüth noch die Naturform und ihren Mangel an ſich. Und zwar iſt dieſer ein gedoppelter. a) Gemäß dieſer Form liegt der noch unentwickelte ſittliche Inhalt im Gemüthe als Menge beſtimmter, ſelbſtändiger Triebe vor. b) Hat der Trieb, als aus dem Gefühle quellend, die Natur des Gefühls an ſich, welche die Unmittelbarkeit der Attraktion ebenſo, wie der Repulſion iſt. Es liegt daher im Gemüthswillen die unmittelbare, ungetheilte Hingabe des geſammten Ichs an den Trieb, ſei es nun des Verlangens, oder des Abſtoßens. Wie nun hierin die Fähigkeit der höchſten ſittlichen Energie liegt, ſo liegt darin auch die Fähigkeit der höchſten Energie des Böſen. Es ſind aber c) beiderlei Fähigkeiten im natürlichen Willen auf gleiche Weiſe vorhanden, ſofern das über ſeinen Inhalt noch nicht reflektirende Gemüth ebenſowohl in der reinen Kontinuität des ſittlichen Triebs aufgehen, als in die Ausſchließlichkeit irgend eines beſtimmten Triebs ſich fixiren kann. 3) Auch das Aufgehen in der reinen Kontinuität des ſittlichen Triebs iſt aber nicht minder ein Verluſt der unendlichen Allgemeinheit des Willens, als es die unmittelbare Hingabe an einen beſtimmten, beſonderen Trieb iſt. Denn eben vermöge der Natur des Gefühls wird auch jenes Sichhingeben in die unendliche Liebe ſelbſt zur Befangenheit in der Beſtimmtheit eines Triebs. Eben in dieſer Befangenheit liegt aber der pſychologiſche Quell des Böſen. Der natürliche Wille iſt daher der Eine mütterliche Grund des Guten, wie des Böſen. In beidem iſt ſein Charakter die gleiche Unſchuld, weil er noch als Naturell, ſomit als unfrei beſtimmt iſt.

Anm. — Das Verdienſt, zur pſychologiſchen Entwicklungsgeſchichte des Willens den Grund gelegt zu haben, wird Hegel ungeſchmälert behalten dürfen, wenn gleich

auch hier zu behaupten ist, daß er die Sache nicht in ihrer ganzen Tiefe aufgefaßt habe. Was er über den natürlichen Willen sagt, giebt Berner[1]) in populärer Weise so wieder: „Zunächst bestimmt sich Ich noch nicht aus seinem wahren Inhalte heraus, sondern findet sich durch die Natur bestimmt. Es sind hier unsere Triebe und Begierden, die unsere Handlungen schlechthin leiten. Dieser Wille ist der noch ganz unangemessene. Er ist nach Inhalt und Form unfrei, daher noch gar kein Wille, sondern nur die reale Möglichkeit desselben. Der unfreie Inhalt sind die gegebenen Triebe; die unfreie Form ist das blinde Zugreifen bei der Befriedigung." Auch hier wird erhellen, daß das im Text Gesagte, nur die konkretere Durchbildung dieser Bestimmungen ist.

Es ist wichtig zu bemerken, daß auch das Begehren des natürlichen Willens eben sowohl in das sittliche Gefühlscentrum, den Trieb der unendlichen Liebe einschlagen, als in irgend einen besondern, als solchen schon ausschließenden Trieb sich verrennen kann. Dort hat es die Richtung der Kontinuität, welche das Gute, — hier die Richtung der Diskretion, welche das Böse bezeichnet. Gleichwohl liegt in diesen Richtungen für sich noch nicht, daß der natürliche Wille gut oder böse sei. Er ist zunächst nur die Fähigkeit zu beidem. Das andre wesentliche Moment ist nun die Natur des Triebs überhaupt, welche ihm anklebt, abgesehen von seinem Gegenstande. Diese besteht aber in der ungetheilten Hingabe des Ichs an das Objekt, seine Bewegung sei nun Verlangen oder Abstoßen. Auch in diesem Momente liegt noch nicht das Böse an sich, da vielmehr eben darin auch die Fähigkeit zur höchsten Energie des sittlichen Wollens beruht. Allerdings aber liegt darin

1) Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. S. 11.

Digitized by Google

wiederum die Fähigkeit zu beidem. Insbesondere aber liegt darin, was uns hier hauptsächlich interessirt, der psychologische Quell des Bösen. — Denn dieses ist nichts Anderes, als der „Wille, welcher in irgend einer Bestimmung der sittlichen Idee, sei es nun der Einheit selbst oder einem seiner Unterschiede, blind, ercentrisch und alle wahre sittliche Einheit vernichtend sich bethätigt." Wirth I. S. 44. Dabei ist es denn gleichgiltig, welchen Inhalts der Trieb sei, an den die ungetheilte Hingabe des Ichs erfolgt. Die Form des Wollens ist das Gefährliche und Verderbliche; aber die Unfreiheit der Form bedingt auch die Verkehrung des Inhalts, weil in diesem stets die Kontinuität der ideellen Einheit verloren geht. Selbst die Hingabe an den Trieb unendlicher Liebe verkehrt sich daher zum Bösen, weil das Ich Knecht des Triebs und damit das an sich ideale Gefühl in die blinde Wuth der selbstischen Begierde hinabgerissen wird. Der wesentliche Charakter des natürlichen Willens besteht daher in dem noch unbezwungenen natürlichen Walten seiner Elemente in der Weise elementarischer Kräfte. Tritt am Kinde der Zauber seiner Naivität, tritt in der poetischen Verklärung der Heroenzeiten seine natürliche Erhabenheit und Liebenswürdigkeit hervor, so läßt er beim Wilden, besonders wo dieser sich innerhalb eines kultivirten Kreises bewegt, auch seine dämonische Furchtbarkeit und Scheußlichkeit blicken. Immer ist aber sein Wesen Unschuld, und die Schuld fängt immer erst da an, wo der Wille über das Stadium der Unmittelbarkeit hinauszutreten beginnt. Mit Recht werden deshalb Kinder, völlig wild Aufgewachsene, ganz ununterrichtete Taubstumme für unzurechnungsfähig erklärt. Die Aktionen ihres Willens sind ohne Schuld, weil sie noch ganz dem Stadium der natürlichen Unmittelbarkeit angehören.

II. Der wissende Wille.

§. 20.

Während nun aber in der Natur als solcher der Gegensatz in diesem natürlichen Zustande nicht als Widerspruch zum Bewußtsein kommt, so ist dies im Gemüthe, d. h. in der Naturform des Geistes der Fall. Das Streben zur Kontinuität des Begehrens, zum Insichgehen aus dem Streite der bestimmten Triebe entzündet sich hier eben in dem Kampf dieser Triebe. Der Geist ist an sich selbst das Streben, aus der unendlichen Bestimmtheit der Natur heraus in die Einheit zurückzugehen, und eben dies Streben ist jener Trieb der unendlichen Liebe, der im Gemüthe als Gegensatz gegen die Mannigfaltigkeit der besonderen Triebe sich regt. Die Wahrheit dieses Triebs nun aber, d. h. die höhere Form, in welcher er seine Befriedigung findet, zugleich aber Trieb zu seyn aufhört, ist das Denken. Denkend wird der Geist erst Ich, reine Einheit und Allgemeinheit, die nicht, wie das Gefühl, in ihrer Bestimmtheit sich selbst daran giebt und verliert, sondern vielmehr ihre Bestimmtheit selbst setzt und in derselben sich selbst gleich bleibt. Erst das denkende Ich, das sich im Unterschiede von seiner eigenen Natur und der Natur ausser ihm weiß und mit dem Bewußtsein dieses Unterschieds auf dieselbe thätig wird, ist wirklicher Wille, freier Wille, Selbstbestimmung.

Anm. — „Daß die theoretische und die praktische Intelligenz wirklich Seiten Einer Totalität sind, und nicht etwa zwei von einander unabhängige Grundvermögen des Geistes, wie man sie zuweilen bezeichnet, ist eine fast allgemein herrschende Ansicht, welche sich durch Analyse der beiderseitigen Momente bestätigt. Denn ohne längere Beweisführung leuchtet hier sogleich ein, daß der Wille das Denken in irgend einer von seinen Erscheinungsformen immer mit enthält, nur dadurch in die innere Allgemeinheit des Selbstbewußtseins fällt und sich vom bloßen

Triebe und der thierischen Begierde unterscheidet. Das Allgemeine ist wesentlich Produkt des Denkens oder vielmehr der wirklich gesetzte Gedanke selbst, das Selbstbewußtsein ist bei sich und für sich seiende Allgemeinheit der denkenden Substanz, und die einfache Koncentration des Ich oder Selbst ist das reine Denken seiner selbst als einer zu ihrem einfachen Mittelpunkt zusammengedrängten Allgemeinheit." (Watke die menschliche Freiheit. S. 43, 44.)

Dieses Verhältniß ist aber wiederum nicht bloß als ein anthropologisches aufzufassen. Auch der absolute Wille setzt das Denken voraus, ist nur das praktische Denken selbst. Denken wir, wie wir müssen, das Absolute als unendliche Einheit, und die Weltschöpfung als den nothwendigen Proceß, um den Begriff dieser unendlichen Einheit zur Wirklichkeit der Idee zu bringen, so ist es wieder eben nur das Insichgehen der Allgemeinheit aus der unendlich bestimmten Besonderheit, die Koncentration derselben zur Einzelheit, zur Ichheit, zum Willen, was die Vollendung des Processes ausmacht. Aber diese Koncentration setzt gleichfalls das Denken voraus, vielmehr sie ist selbst nur das aus der unendlichen Besonderheit sich in sich, in die Allgemeinheit reflektirende Denken, welches in diesem Akte selbst konkrete Allgemeinheit, Ich-Wille wird. Erscheint aber so der Wille als Resultat des Schöpfungsprocesses, so zeigt er sich umgekehrt auch als dessen Grund. Er ist die Potenz im Absoluten, die sich durch die Natur hindurch selbst hervorbringt, und eben deshalb in der fertigen Bestimmtheit der Natur nicht zur Ruhe kommt, weil sie erst als freier Geist, als schöpferischer Wille dasjenige der Existenz nach wird, was in ihrem Begriff liegt.

§. 21.

Hiemit sind zwei Momente am Willen gesetzt, die sich

gegenseitig bedingen, — das Wissen und das Wollen in engerem Sinne. Soll nun der Wille fähig seyn, in der Besonderheit seiner Bestimmtheit seine Allgemeinheit zu erhalten, so muß auch die Seite der Intelligenz an ihm dieselbe schöpferische Fortbewegung der Allgemeinheit in die Einzelheit seyn. Denn nur dann, wenn die praktische Intelligenz sich selbst zum organischen Systeme gliedert, ist es möglich, daß der Wille, dessen Seele sie bildet, bei seiner Einbildung in die Besonderheit keiner ihm fremden Bestimmtheit unterliege, vielmehr in allen Bestimmtheiten, in die er sich begiebt, nur seine ideale Einheit ausgedrückt finden und ausdrücken könne. Dadurch eben unterscheidet sich ja der denkende Wille vom natürlichen, daß er nicht mehr, wie dieser, seinen Inhalt vorfindet, sondern daß er ihn selbst schafft. Dieses Schaffen ist aber die Sache der Intelligenz. Der Geist selbst ist der zeugende Grund des Inhalts, den er wollend der Welt einbildet. Der ferneren Entwicklung des Willens muß daher als logisches Prius die Entwicklung der praktischen Intelligenz zum organischen System vorangehen, als die Möglichkeit für den wirklichen Willen, seinem Begriffe zu entsprechen.

Anm. — Das Wesentliche hiebei ist dies, daß der denkende Wille nicht eine reine Fortsetzung des natürlichen, sondern ein Abbruch von demselben ist. Dies macht seine Freiheit aus, welche zunächst Selbstbefreiung von der Unfreiheit des natürlichen Willens ist. Damit ist nicht geläugnet, daß auch der denkende Wille seinen Inhalt irgendwie am natürlichen vorfinde. Allerdings ist das Gemüth der mütterliche Schooß aller Sittlichkeit. Aber der denkende Wille findet seinen Inhalt im Gemüthe nur der Potenz nach, um ihn sofort als einen ganz neuen zu erzeugen, nicht etwa bloß formell zu verarbeiten. Er ist der Schöpfer einer neuen Welt, im Individuum, wie in der Menschheit. „Da nun aber der Geist im einzelnen

Menſchen und in der ganzen Menſchheit einen langen Weg zu durchlaufen hat, um ſich als wirkliche Intelligenz hervorzubringen, da viele Individuen dieſe Stufe gar nicht oder nur in getrübter Weiſe erreichen, da ferner die Zufälligkeit vieler empiriſcher Erſcheinungen nicht geſtattet, daß bei irgend einem Individuum der Begriff des Willens in der ganzen Maſſe der einzelnen Willensakte realiſirt wäre, ſo entſtehen dadurch viele Erſcheinungsformen des Willens, in denen die einfache Identität der Begriffsmomente irgendwie aufgehoben oder zerriſſen iſt." (Vatke a. a. O. S. 57, 58.) In der letzteren Bemerkung liegt der Keim mehrerer ſehr wichtigen kriminaliſtiſchen Sätze, insbeſondere in der Lehre von der Zurechnung. Indeſſen wird auch gezeigt werden, daß die Freiheit, von der das Strafrecht auszugehen hat, keineswegs deren vollendete Form iſt, mithin auch nicht die vollendete Intelligenz vorausſetzt, welche zur ideellen Totalität des Willens gehört.

Die Darſtellung der Entwicklung der praktiſchen Intelligenz zu einem organiſchen Syſteme, oder die Konſtruktion der idealen Welt der praktiſchen Vernunft, ſowie der verſchiedenen Formen, in welche die Intelligenz des Willens als ſeine Vorausſetzung ſich auseinanderlegt, gehört nun aber zu unſrem Zwecke nicht näher, daher ſie hier übergangen wird. Was wir hier als Reſultat feſtzuhalten haben, iſt nur das Allgemeine: daß der wirkliche Wille die Intelligenz in irgend einer ihrer Formen zu ſeiner Vorausſetzung, vielmehr zu ſeiner Seele hat, daß er nur dem aus der Natur zu ſich ſelbſt kommenden Geiſte angehört, und eben deshalb Freiheit iſt. Wenn nun aber allerdings dieſe Freiheit nur durch den beſtimmten Akt des Sichunterſcheidens des Geiſtes von der Natur überhaupt geboren wird, ſo iſt ſie deshalb doch nicht mit Einem Schlage da, ſondern hat einen Bildungsproceß

Digitized by

zu durchlaufen, zu deſſen Betrachtung wir uns nun wenden.

§. 22.

Das Denken ſetzt alſo ſelbſt die ideale Welt des Willens als die Wahrheit, der die Erſcheinung entſprechen ſoll. Aber eben mit dem Denken iſt ſogleich auch der Wille geſetzt, weil ohne ihn das Denken ein Widerſpruch in ſich wäre. Denn indem der Geiſt als Intelligenz das Weſen der ſittlichen Welt ſetzt, gleichwohl aber als Intelligenz ruhige Allgemeinheit in ſich bleibt, ſo iſt dieſes Weſen leeres Weſen, bloßes Ideal, abſtrakter Begriff, dem die Exiſtenz fehlt, während es doch gerade im Begriffe des Weſens liegt, zu erſcheinen, Princip der Exiſtenz zu ſein. Dieſer Widerſpruch ſollicitirt nun den Willen, als die Thätigkeit, das Weſen in die Exiſtenz zu ſetzen, und die empiriſche Exiſtenz zur Erſcheinung des Weſens zu machen. Hiemit iſt aber der Wille nur die ſich ſelbſt bethätigende Intelligenz. Ebenſo iſt aber auch andrerſeits das Denken (abgeſehen von der endlichen Erſcheinung deſſelben, die allerdings eben ſo unwillkührlich iſt, als der Blutumlauf) Reſultat des Willens, da nur dieſer mit ſeiner gegen die empiriſche Exiſtenz negativen Energie das Denken zum wirklichen Akt machen und als ſolchen gegen die Macht der Vorſtellungen, Gefühle, Begierden erhalten kann. Denken und Wollen ſind hiemit unterſchieden, gleichwohl aber nur Seiten Einer Einheit, die ſich gegenſeitig hervorbringen. Eben vermöge dieſes Proceſſes aber, in welchem der Geiſt ſein Weſen ſelbſtthätig zur Exiſtenz bringt, iſt derſelbe frei, und Freiheit und Willen ſind eins und daſſelbe. (Vatke a. a. O. S. 42—53.)

§. 23.

Dieſe ſeine Freiheit hat eine negative und eine poſitive Seite. Die erſte liegt darin, daß der Geiſt von ſeiner eigenen inneren und von der äuſſeren Natur ſchlechthin abſtrahiren, den Zuſammenhang ſeines Weſens mit der Natur durchbrechen

Digitized by Google

und sich selbst setzen kann. Die zweite liegt darin, daß er sich selbst seinen Inhalt, sich selbst als den Grund und die Macht seiner Existenz setzen kann, so zwar, daß es eben sein Wesen als Geist ist, das, was er setzt, auch nicht setzen zu können, mithin gegen sein eigenes Wesen negativ zu seyn. Beide Seiten sind eins; denn wäre der Geist nicht diese Macht, sich schlechthin zu setzen, so wäre er nicht absolute Macht gegen die Natur. Aber freilich ist diese reine Freiheit auch nur erst der abstrakte Begriff der Freiheit.

§. 24.

Die Elemente des Begriffs des Willens, die reine Allgemeinheit der Form, und die bestimmte Besonderheit des Inhalts, waren im natürlichen Willen noch unmittelbar Eins. Das erste Element wurde daher vom zweiten absorbirt, der Geist erschien als durch seine eigene Natur determinirt und eben deshalb unfrei. Mit dem Erwachen der Freiheit im endlichen Willen müssen sich daher nun jene beiden Seiten des Willens dirimiren. Der Geist bricht mit der Natur und setzt hiemit den Grundgegensatz der freien Ichheit und der natürlichen Nothwendigkeit, welche er als solche zu überwinden trachtet. Indem hiemit beide Elemente sich abstoßen, kommen sie freilich in Wahrheit nicht auseinander, da jedes das andere vielmehr fordert, wie denn auch der empirische Wille wirklich in keiner Gestalt ein abstraktes Aussereinander beider Seiten zeigt. Gleichwohl ist die Diremtion ein nothwendiges Stadium in der Entwicklung des Begriffs, wie denn auch alle Bestimmungen, die sofort in beiden Sphären auftreten, der Welt des natürlichen Willens gegenüber den Charakter der Gegensätzlichkeit und Relativität an sich tragen.

A) Die Formen der Freiheit.

§. 25.

Die Freiheit wird durch das Denken an's Licht gebracht. Mit diesem tritt der Geist aus der Unmittelbarkeit seines

Weſens auf den Standpunkt der Differenz des Geiſtigen und Natürlichen und wird dadurch wirklicher Wille, Freiheit. Der reine Begriff der Freiheit iſt aber nichts, als die Selbſtbethätigung des reinen Denkens, weil nur als dieſes Denken der Geiſt abſolut bei ſich, frei von allem fremden Inhalte, zugleich aber dieſes Denken ein rein vom Geiſte geſetzter Akt iſt. Dieſe reine Freiheit iſt die Bedingung alles wirklichen Wollens.

1. Die reine Freiheit.

§. 26.

Sie iſt die in der höchſten Abſtraktion gedachte reine Form des Willens der Erſcheinung. Eben aber, weil ſie Moment des wirklichen Willens iſt, ſo iſt ſie nicht mehr reine Negation des Inhalts überhaupt, ſondern nur alles dem Ich als ſolchen fremden Inhalts. Dagegen ſetzt ſie allerdings den Inhalt an ſich ſelbſt, aber nur mit der Beſtimmung, daß er durch ſie ſelbſt und aus ihr ſelbſt geſetzt ſei. So abſtrakt dieſe Beſtimmung iſt, ſo enthält ſie doch die Hauptſache, ohne welche es keine Realität des Willens gäbe.

§. 27.

Eben die Forderung aber, daß der Inhalt nur aus dem abſtrakten Ich und durch daſſelbe geſetzt ſei, iſt vorerſt nur Forderung, und hiemit noch die Möglichkeit vorhanden, daß die Selbſtbeſtimmung nicht wahrhafte Selbſtbeſtimmung, ſondern bloßer Schein derſelben, hiemit die Totalität des Begriffs nur formell realiſirt ſei. Dieſe Möglichkeit wird nur dann aufgehoben, wenn das Ich ſelbſt nicht mehr abſtraktes Ich, ſondern zu vernünftiger Totalität vermittelt iſt. Dazu bedarf es aber bei dem endlichen Ich eines langen Proceſſes, der mannigfach äuſſerlich und innerlich bedingt iſt.

§. 28.

Gleichwohl iſt der endliche Wille als ſolcher nicht bloß ſolche formelle Freiheit, da derſelbe in der That nie bloße

Formbewegung, vielmehr das Ich immer von einem Inhalt erfüllt ist, wenn auch dieser Inhalt noch nicht konkrete Vernünftigkeit ist. Sobald aber das Ich überhaupt denkt, so ist es auch freier Wille, wenn auch noch nicht wahrhaft freier Wille. Seine Selbstbestimmung ist, wenn auch nicht der Idee gemäß, doch Selbstbestimmung, Koncentration des Ichs in seine Allgemeinheit und Bestimmung des Inhalts aus dieser Allgemeinheit des Selbstbewußtseins heraus; und es ist sofort nur der Proceß der inneren Bildung des Ichs und der Weltbildung, wodurch sich der das Ich erfüllende Inhalt immer mehr zur gediegenen Fülle der Vernünftigkeit erhebt.

§. 29.

Die reine Freiheit ist daher für sich noch nicht die wahre Freiheit, sondern nur ein Moment im Entwicklungsproceß derselben, aber dasjenige, ohne welches die Freiheit überall nicht zur Realität kommen könnte. Für sich ist sie eine wissenschaftliche Abstraktion, und wo sie in der Realität abstrakt auftritt, ihr eigener Widerspruch, da sie sich vielmehr als die Unfreiheit selbst erweist. Denn sobald sie sich als das Absolute setzt, so negirt sie nun allen Inhalt, der nicht mit ihrer Form selbst zusammenfällt, und wird als bloße Abstraktion vom Endlichen selbst endlich. Denn das abstrakte Ich, das nur sich selbst setzt, setzt in Wahrheit nichts, und muß den Inhalt, den es negirt, entweder vernichten oder bei ihm betteln gehen.

Anm. — Man ist durch die berühmten Aeusserungen von Hegel (§. 5) verführt worden, die reine Freiheit als bloß formelle, negative, Verstandesfreiheit sehr über die Achsel anzusehen, und ist dadurch in die Gefahr gerathen, dem Determinismus in die Hände zu fallen. Will man letzteres vermeiden, so muß man die reine Freiheit in ihr Recht einsetzen, und ihren Begriff in seinem vollen Umfange gelten lassen, der ihm freilich auch bei Hegel nicht gegeben ist. Denn, indem dieser sie nur negativ

als reine Abſtraktionsfähigkeit von allem Inhalte beſtimmt, ſo iſt das poſitive Moment, das die reine Freiheit enthält, die Forderung des Inhalts als eines aus dem Ich und durch das Ich geſetzten, nicht gewürdigt. Nur beides zuſammen macht aber den Begriff der reinen Freiheit aus, die freilich nur eine wiſſenſchaftliche Abſtraktion und für ſich unwahr iſt. Gleichwohl jedoch iſt ſie der innerſte Puls des Willens, und ohne ſie alle weitere Evolution der Freiheit nicht denkbar. Darin liegt das ewige Moment des ſubjektiven Idealismus, welcher eben die reine Freiheit kultivirt hat, aber freilich den Begriff in dieſem Stadium hat ſtehen laſſen. — Soll überhaupt ein Wollen zu Stande kommen, in welchem das Ich, unabhängig von aller äuſſern und innern Macht, ſich rein aus ſeinem Weſen beſtimmt, ſo zwar, daß auch dieſes Weſen durch das Ich ſelbſt geſetzt iſt, ſo iſt es ſchlechthin nöthig, daß das Ich den Akt der reinen Freiheit vollziehe, daß es ſich zum reinen Denken, zur Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins erhebe, um, was es wollend ſetzen mag, nur aus dieſem zu ſetzen. Der Akt des reinen Denkens iſt aber auch ſelbſt der Akt der reinen Freiheit, der Selbſtbefreiung des Ichs von der Natur, wenn gleich damit der Proceß der wahren Freiheit noch nicht vollendet iſt, ſondern nur erſt beginnt. Denn freilich iſt empiriſch die Intelligenz nicht ſogleich konkrete Vernünftigkeit, ſondern erhebt ſich nur ſtufenweiſe zu ihr. Der Geiſt ſcheidet ſich zwar von der Natur und meint ſie durch die bloße Freiſprechung ſeiner ſelbſt überwunden zu haben, während der Inhalt, womit er ſich ſelbſt erfüllt, noch keineswegs ihm ſelbſt angehört und ſein beſchränktes Denken, in Wollen umgeſetzt, eben daher ſelbſt nur ein endliches und beſchränktes Reſultat iſt, das er nur für ein freies hält, während es in Wahrheit das Gegentheil iſt. Es braucht Zeit, bis der Geiſt

Digitized by Google

das absolut Allgemeine zu denken, das Wesen des Universums als das Ich selbst zu begreifen und sofort dieses als den Inhalt seines Selbst, als seine eigene That zu setzen vermag. Es braucht dazu einer vielfältig bedingten Bildung. Aber gleichwohl ist schon mit dem Anfange dieses Processes der Wille wirklich frei, wenn gleich seine Freiheit noch nicht wahre Freiheit ist. Der Mensch muß daher auch von da an für seine Handlungen einstehen. Denn in der reinen Freiheit ist immer die Negation aller anderweitigen Bestimmung, und die Position der schlechthinigen Selbstbestimmung enthalten. Auch da nämlich, wo der Inhalt des Selbstbewußtseins noch nicht zu vernünftiger Totalität vermittelt ist, das Ich seinen wahrhaften Inhalt von dem ihm gegebenen oder durch einseitige Thätigkeit erzeugten noch nicht klar unterscheidet, auch seine Natur zur Fülle seines Selbsts rechnet, ist gleichwohl die ganze Thätigkeit dem Ich angehörig, es bestimmt sich mit dem Bewußtsein der völligen Unabhängigkeit, und in diesem Sinne bestimmt es sich aus sich selbst und durch sich selbst; daher denn auch der endliche Wille nicht anerkennt, daß er von seinen Begierden, Leidenschaften bestimmt werde, sondern immer dem Ich, der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins den Beschluß zurechnet. Wie formell und unwahr auch diese Freiheit der vollendeten Idee der Freiheit gegenüber erscheinen möge, so ist sie doch immer Freiheit; denn das Bedingtsein von Aussen verschwindet im Resultate; in der Vermittlung des gegebenen Inhalts durch das Denken streift das Ich dem Inhalt seine Aeusserlichkeit ab, erklärt ihn für den seinigen und setzt sich unabhängig von ihm. Ebenso ist es nur Sache des Willens selbst, ob er den Akt des reinen Denkens vollziehen und sich darin behaupten, oder ob er das Ich in die Gewalt seiner Natur zurückfallen lassen will. Der

Digitized by Google

Wille iſt keine natürliche Kraft, die etwa ein Subjekt in größerer Energie haben könnte, als das andere. Er erſcheint zwar in der Naturform als Trieb, und kann hier allerdings von größerer oder geringerer Intenſität ſeyn. Aber ſo iſt er eben noch nicht Wille. Damit er dies werde, muß gerade jene Naturform gebrochen, die Geſtalt des Triebs aufgehoben, die Befangenheit des Geiſtes in der Sinnlichkeit negirt werden. Nur durch dieſe Negation, durch dieſen Akt des Sichſelbſtſetzens des Geiſtes entſteht der Wille aus dem Triebe, nicht als ein bloß Mehreres, ſondern als ein qualitativ Anderes, als Gegenſatz zu ſeiner Naturform. Dieſe, durch das Weſen des Denkens beſtimmte, idealiſtiſche Natur hat die Freiheit von Anfang an; ſie verliert ſie aber auch nicht mehr bis zur Vollendung ihrer Idee. Denn, könnte dies je der Fall ſeyn, ſo müßte ihr Begriff von Anfang an aufgegeben und dem Determinismus zugeſtimmt werden. Allerdings beſteht die wahre Freiheit nur darin, daß der Geiſt ſich aus ſeinem Weſen und durch ſein Weſen beſtimmt. Allein dieſes Weſen muß durch ihn ſelbſt geſetzt ſeyn. Er verhält ſich zuerſt negativ gegen das Weſen, um es aus ſich ſetzen zu können. Dies eben iſt das wahre Weſen des Geiſtes, der durch und durch Freiheit iſt.

2. Die Willkühr.

§. 30.

Macht die reine Freiheit im Willen der Erſcheinung das erſte Moment ſeines Begriffs aus, ſo treibt der Mangel, der in der reinen Freiheit liegt, ſofort auch ſein zweites hervor, die Beſtimmtheit des Inhalts. Ebenſo aber, wie in der reinen Freiheit nicht mehr die reine Form allein, ſondern dieſe in der Beziehung auf den Inhalt geſetzt war, ſo handelt es ſich jetzt nicht mehr um den reinen Inhalt allein, ſondern

Digitized by Google

um denſelben in Beziehung auf die Form. Beſtand nun das Mangelhafte der reinen Freiheit darin, daß ſie in ihrer Abſtraktion die Unbeſtimmtheit ſelbſt als ihre Beſtimmtheit ſetzte, ſo wird die zweite Form der Freiheit das Weitere enthalten müſſen, daß nunmehr der Wille aus dem Unbeſtimmten wirklich das Beſtimmte ſetzt, aber ſo, daß er von der geſetzten Beſtimmtheit ſich frei weiß. Dieſe Form iſt die Willkühr.

§. 31.

In der Willkühr vollzieht ſich hiermit zunächſt die in der reinen Freiheit nur als Forderung liegende Poſition des Beſtimmten aus dem Unbeſtimmten. Aber, ſofern beides noch als unterſchieden geſetzt iſt, vollzieht ſich die Forderung noch nicht auf die dem Begriff des Willens angemeſſene Weiſe. Auch dieſe Form der Freiheit iſt daher eine wiſſenſchaftliche Abſtraktion, die für ſich noch nicht die wahre Freiheit, wohl aber ein weſentliches Moment in ihr iſt. So wenig die reine Freiheit in ihrer Abſtraktion mit dem Begriff des endlichen Willens zuſammenfällt, da dieſer nie reine Formbewegung iſt, ſelbſt wo er es ſeyn will, ebenſowenig erſchöpft jenen Begriff die Willkühr, da das endliche Ich eben ſo wenig reine Indifferenz ſeiner Beſtimmungsgründe, als abſtrakte Indifferenz gegen alle Beſtimmungsgründe iſt. Gleichwohl iſt die Willkühr, wie die reine Freiheit, ein weſentliches Moment im endlichen Willen, der ſich ohne ſie nicht zur wahren Freiheit hindurchſchlagen kann. Wie die reine Freiheit beim endlichen Willen überhaupt eintritt, ſobald der Geiſt ſich zum reinen Denken ſeiner ſelbſt im Unterſchiede von der Natur erhebt, ſo tritt nun ſofort auch die Willkühr bei ihm ein und bildet die charakteriſtiſche Form des Willens ſo lang, bis er zur Einſicht der Nothwendigkeit, ſeine konkrete Allgemeinheit als ſeine Beſtimmtheit zu ſetzen, hiemit zur abſoluten Freiheit gelangt. Auch die Willkühr entſteht aber, wie die reine Freiheit, nicht als ein plötzlicher Akt, ſondern iſt Reſultat eines Bidungs-

Digitized by Google

processes, freilich jedoch so, daß auch hier das Bedingtsein im Resultate verschwindet, das niemals Naturwirkung, sondern gerade nur Negation dieser seyn kann.

§. 32.

Der Inhalt, welcher nun mit dem Begriffe der Willkühr gesetzt ist, hat noch keine konkretere Bestimmtheit, als die, Inhalt des endlichen Willens überhaupt zu seyn. Die Form ist Position, in welcher das Ich vom Gesetzten frei bleibt. In ersterer Beziehung ist nun ein Gedoppeltes möglich: der Inhalt kann ein natürlich Gegebenes oder ein schon vom Geiste selbst Producirtes seyn. Die Willkühr in Beziehung auf den natürlich gegebenen Inhalt ist jedoch nichts Andres, als die schon betrachtete reine Freiheit, diese in ihrer Entstehung gedacht. Willkühr ist hier nur die Möglichkeit des Geistes, den Akt seiner Unterscheidung von den Trieben zu behaupten, oder nicht zu behaupten, überhaupt Wille zu bleiben oder in die Knechtschaft zurückzusinken, aber nun nicht mehr mit Unschuld, sondern mit Schuld. Mit dem erwachenden Denken nämlich tritt der Widerspruch des Geistes gegen seine Natur ein. Der Geist weiß sich nun der Macht der Triebe gegenüber, und was den unvermeidlichen Kampf entscheiden kann, ist allein der Wille. Er ist das Dritte zwischen dem Denken und Trieb, die reine Form, die entweder das Denken zu ihrem Inhalt macht, oder den Trieb, aber an sich noch Indifferenz gegen beides, mithin Wahl ist. Da der Geist nun selbst sowohl Intelligenz, als Trieb ist, so ist diese Wahl nicht etwa ein beliebiges Schaffen des Einen oder des Andern, sondern sie ist nur die Möglichkeit des Geistes, sich energisch in der einen oder andern Bestimmtheit zu halten

§. 33.

Wie nun hier der Geist sich entscheide, so ist seine Position eine wesentlich unterschiedene von der Bestimmtheit des natürlichen Willens. Während dieser nämlich in jeder seiner

Bestimmtheiten schlechthin der Natur unterworfen, somit immer in Einem Triebe befangen, daher endlich und begrenzt, im Guten wie im Bösen dieselbe Unschuld ist, so ist der Geist nun als wirklicher Wille die Idealität des Gegensatzes, das Wissen um den Unterschied, daher über die Endlichkeit der Bestimmtheit übergreifende Unendlichkeit. Er selbst setzt das Entweder — Oder, und ist so nicht nur Wahl zwischen Gutem und Bösem, sondern das Vermögen des Guten und Bösen selbst, das beides erst durch seine Position zur Realität gelangt.

§. 34.

Dieselbe Form der Willkühr kontinuirt sich nun aber auch in den gegen seine Natur selbständigen Geist fort, als die der verständigen Reflexion entsprechende Form des Willens. Sie ist hier die Wahl zwischen verschiedenen vom Denken selbst gesetzten Bestimmungen, in Beziehung auf welche das Ich sich als ideale Allgemeinheit verhält, während es doch eine davon wirklich setzt. Der Proceß dabei ist dieser: Das Ich, das sich in irgend einem praktischen Verhältnisse zum Handeln aufgefordert fühlt, ist zunächst Denken dieses Verhältnisses und näher Reflexion über die verschiedenen Seiten und Momente desselben, hiermit Abwägung von Bestimmungsgründen, Vorstellung einer bestimmten Reihe von Möglichkeiten, gegen welche, eben als bloße Möglichkeiten, das denkende Ich ideale Allgemeinheit, Indifferenz bleibt. Eben dieses Abwägen und unschlüssige Schwanken ist aber ein Zeichen der Willenlosigkeit, des energielosen Denkens. Die Entscheidung ist mithin Sache des Willens, als der vom Denken an sich zu unterscheidenden Energie des Ichs, vermöge deren dieses den Drang empfindet, etwas Bestimmtes zu setzen. Es findet dies hier ganz auf die gleiche Weise statt, wie bei der Wahl zwischen den Trieben und der Vernunft, der Wille ist die Bewegung, wovon die Entscheidung ausgeht, die reine, an sich noch inhaltslose Energie des Ichs, sich irgendwie auf bestimmte

Digitized by Google

Weiſe zu ſetzen. Nur das Reſultat iſt hier ein Andres, ſofern es ſich hier nur um eine Entſcheidung zwiſchen verſchiedenen vom Denken ſelbſt geſetzten Möglichkeiten handelt. Indem nun das Ich jener Bewegung des Willens ſich bewußt wird, kann es nur irgend eine der von ihm zuvor geſetzten Möglichkeiten herausnehmen und dem Willen zum wirklichen Inhalt geben, was denn eben den Entſchluß ausmacht. Die Wahl iſt hiernach ebenſo durch das Denken beſtimmt, als auch nicht beſtimmt. Daß überhaupt eine Wahl zu treffen iſt, hat ſeinen Grund im Denken; aber die beſtimmte Wahl iſt grundlos; es waren im Denken ebenſowohl auch andre Möglichkeiten geſetzt, die ebenſogut die Wahl hätten treffen können.

§. 35.

Die Freiheit iſt nun aber, wie geſagt, bei beiden im Vorigen unterſchiedenen Arten der Wahl die gleiche. Das zu ſeinem Selbſtbewußtſein gelangte Ich iſt ebenſo ideale Allgemeinheit gegen die Macht des Triebs, als gegen die beſondern vom Denken geſetzten Beſtimmungsgründe. Die Entſcheidung iſt beide Male eine Sache, die formelle Energie des über den Möglichkeiten ſchwebenden Ichs, das zwar zu irgend einem Inhalt, aber weder zu dieſem, noch zu jenem greifen muß. Auch da, wo das Ich zwiſchen Vernunft und Trieb ſteht, iſt der Trieb nicht mehr unmittelbar beſtimmende Macht, wie im natürlichen Willen, ſondern zu einer Denkbeſtimmung vermittelt, welche als ſolche dem Entſchluſſe vorſchwebt. Wenn das Ich hier dem Triebe folgt, ſo war freilich ſein Denken und Wollen ein verkehrtes und das Reſultat der freien Wahl iſt die Unfreiheit des Ichs. Aber das ſelbſtbewußte Ich war doch die Möglichkeit auch des Gegentheils, es hat ſich freiwillig in die Unfreiheit zurückſinken laſſen. Daſſelbe grundloſe Wollen, dieſelbe Indifferenz des Ichs gegen die beſtimmten Möglichkeiten ſeiner Wahl bleibt aber dem Willen auch dann noch immanent, wenn er über die reine

Digitized by Google

Form der Willkühr hinaus und wahre Freiheit ist. Zwar wird dann die Sphäre der reinen Willkühr auf das an sich selbst Indifferente und Zufällige beschränkt. Aber gleichwohl bleibt sie eine nothwendige Form des Willens, ohne welche die Freiheit zum Naturorganismus herabsinken würde. Denn so wenig das Ich schlechthin Indifferenz gegen seine Bestimmungsgründe ist, was einen hohlen, alles Inhalts entleerten Hintergrund des Selbstbewußtseins voraussetzen würde, ebensowenig darf aus dem Begriffe der Freiheit, als der Selbstbestimmung, jemals dieses Moment wieder verloren gehen, welches eben die ideale Allgemeinheit des Ichs gegen allen möglichen Inhalt seiner Bestimmtheit ausdrückt.

Anm. — „Wirft man aus der vollendeten Freiheit, wobei das Ich identisch gesetzt ist mit der zu vernünftiger Allgemeinheit verklärten Seite seines Inhalts, das Moment der Wahlfreiheit heraus, theils daß das Subjekt seine frühere Vermittlung durch die Willkühr hindurch vergäße, theils daß ihm die Möglichkeit und deren Bewußtsein entzogen würde, aus jener konkreten Identität herauszutreten, — so macht man eben damit die freie Dialektik des Willens wieder zur starren Nothwendigkeit, nimmt ihr die Beweglichkeit der Subjektivität und den Nerv der Freiheit. Die Selbstbestimmung hat überhaupt nur in dem Sinne Bedeutung, daß damit eine Energie des Freien ausgesagt wird; diese fiele aber weg, wenn eine unmittelbare Einheit des Nothwendigen und der formellen Freiheit stattfände; letztere wäre Schein, und das Ganze nur eine andere Gestalt der immanenten Zweckmäßigkeit der Naturobjekte. Ohne Willkühr gibt es daher keine wahre Freiheit. Im empirischen Leben tritt ausserdem die Willkühr in allen Verhältnissen und Beziehungen mit vollem Rechte ein, wo das Subjekt sich nicht durch die vernünftige Allgemeinheit der Ueberzeugung

Digitized by

bestimmen kann. So gewiß in aller Erscheinung ein Objektivnothwendiges und Vernünftiges enthalten ist, ebenso gewiß ein Zufälliges, da beide Seiten nur durch ihren Unterschied und Gegensatz denkbar sind, und die eine unmittelbar mit der Vernichtung der andern verschwindet." (Vatke a. a. O. S. 70. 71.). —

So sehr Recht der Determinismus gegenüber der flachen Verstandesansicht hat, welche den Begriff des Willens in dem der Willkühr abschließt, so wenig treffen doch seine Einwürfe die obige Darstellung. Derselbe hat Recht, wenn er behauptet, daß die bloß formell gefaßte Freiheit die Unfreiheit selbst sei, da das bloß formelle, in der Abstraktion von dem gediegenen Hintergrunde seines Selbstbewußtseins aufgefaßte Ich allerdings nothwendig von den empirisch gegebenen Elementen abhängig bleibt. Die Möglichkeit eines ganz formellen Wahlakts zugegeben, so könnte ein solcher doch nur Einmal gedacht werden, da mit dem Resultate desselben der gewählte Inhalt als mit bestimmend hinzuträte und hiemit die reine Spontaneität aufhöbe. Allein selbst jene Möglichkeit muß geläugnet werden, da ein solcher Wahlakt in sich ganz zufällig und in Wahrheit vielmehr das rein formelle Ich dem Impuls der gegebenen Elemente unterworfen wäre. Allein das ist eben der Irrthum, daß das Ich irgend einmal ohne Inhalt seyn müsse. „Wenn das Ich in der Weise der reinen Abstraktion als erstes Moment des Willens auftritt, so hat es schon durch den theoretischen Proceß des Bewußtseins und eine Reihe halbbewußter Willensakte einen relativerfüllten Kern erhalten, von dem das reine Ich die einfache Form der Allgemeinheit ist. Das klare Selbstbewußtsein ist keineswegs mit Einem Schlage da, sondern nur als Resultat stetiger Vermittlung zu denken; deshalb ist denn auch die Willkühr in ihrer reinen

Begriffsform als empirischer Zustand undenkbar. So lange man die abstrakte Vorstellung von einem ersten Wahlakte festhält, wird man den Determinismus nie wahrhaft überwinden." Eben darum hat nun aber auch umgekehrt gegen die obige Darstellung der Determinismus sein Recht verloren. Er läugnet die Wirklichkeit freier Selbstbestimmung, und behauptet vielmehr daß der Wille immer durch etwas von ihm selbst Verschiedenes, sei dies nun ein empirisch Gegebenes, wie die Triebe, die äussern Umstände, oder ein Innerliches, wie das Vorstellen, die vernünftige Einsicht ꝛc. ꝛc., bestimmt werde. Die erstere Form lassen wir hier noch dahin gestellt seyn, da sich weiter unten nähere Gelegenheit ergeben wird, ihre Unwahrheit aufzuzeigen. Was aber die zweite betrifft, so gehört ihre Besprechung allerdings hieher. Wenn nun in seinen besonneneren Vertretern der Determinismus zugiebt, daß der Geist auch im Sturme der Triebe, der Affekte die Fähigkeit habe, sich nicht zu verlieren, bei sich zu bleiben, so könnte man ihn sogleich beim Worte nehmen, und fragen, ob er sich denn wirklich eine solche ideelle Energie als bloße Naturgabe, als bloßes Resultat äusserer Umstände denken könne, während doch letzteres der Determinismus selbst nicht als ausschließlich statuirt, ersteres aber unbegreiflich ist, da in jener ideellen Energie des Geistes gerade der Akt seiner Negativität gegen seine Natur liegt? Aber freilich ist hierauf der Determinismus mit der Antwort bereit, daß der Wille vom Wissen determinirt werde, und er macht den Gegenvorwurf, daß die Willkühr, als ein Wollen ohne Denken, psychologisch undenkbar sei. Eben dieser Vorwurf jedoch trifft die obige Darstellung nicht, da diese gerade davon ausgeht, daß der Wille durch die Vermittlung des Denkens sich bestimme, und nun nur den Satz aufstellt, daß derselbe keineswegs

mit Nothwendigkeit gerade durch diesen oder jenen besonderen Bestimmungsgrund determinirt w rde. Ebenso unrichtig ist nun aber auch die positive Behauptung des Determinismus, daß der Wille mit Nothwendigkeit durch das Wissen bestimmt werde. „Dies erhellt vor Allem aus dem Falle, wenn die Ueberlegung in sich selbst unentschieden ist, wo dann der Impuls zur Entscheidung allein vom Willen ausgeht, der zur That, aber zu irgend einer eilt. Die einzige Ausflucht, welche hier dem Determinismus noch möglich ist, und auf welche er so oft rekurrirt, daß hier dennoch irgend ein, vielleicht bewußtloser, Gedanke die Entscheidung herbeiführe, trifft, wenn gleich in manchen Fällen, doch in jenen nicht zu, deren Einfachheit ein ganz klares Bewußtsein ihrer Beziehungen und doch eine Mannigfaltigkeit der Akte für dasselbe Bewußtsein, damit den Willen zuläßt. Allein, auch daß der Wille gegen das vernünftige Bewußtsein für die von diesem verworfene Lust sich entscheiden könne, — diese Thatsache ist so evident, daß der besonnene Determinismus sie zugiebt, und nur, um die darin sich manifestirende Freiheit des Willens wegzuraisonniren, sie verschieden zu erklären versucht, entweder, indem er behauptet, daß Jemand bei vernünftigem Bewußtsein sich dennoch für das Böse entscheide, sei ein Beweis von einer doch im Momente der That den Willen bestechenden falschen Imagination der Lust, oder aber indem er behauptet, jene Thatsache beruhe auf einer ursprünglich verschiedenen Kräftigkeit des Willens. Wenn in dieser lezteren Ausflucht der Wille mit Recht als eine vom Wissen unterscheidbare Thätigkeit zugegeben ist, so ist dagegen das Mangelhafte dabei, den Willen als eine Naturkraft sich zu denken. Was aber das erstere betrifft, so wird allerdings manches Vergehen unter dem Scheine des Guten begangen; geht

Digitized by Google

aber das vernünftige Bewußtsein seinem Entschlusse und seiner Ausführung wenigstens voran, was bei dem wirklich zurechnungsfähigen Vergehen der Fall ist, so ist dies, daß der Geist an die Lust Konceſſionen macht, wodurch er allerdings auch ihrer Sophisterei nothwendig verfällt, nur die Schuld seines Willens, der sich energisch auf die Seite der in's Bewußtsein getretenen Idee schlagen kann, aber auch nicht." (Wirth. I. S. 72. 73. vgl. Vatke S. 77. 78.)

3. Die absolute Freiheit

§. 36.

Die Willkühr hat nun aber ihre Endlichkeit darin, daß sie den besonderen Inhalt eben nur als besonderen setzt, und nicht als allgemeinen, vielmehr sich gerade damit begnügt, den nur besondern Inhalt statt des allgemeinen geltend zu machen. Dadurch setzt sie das Wesentliche zum Zufälligen herab und geräth entweder, wenn das Ich während des Handelns des Rechts der wesentlichen Allgemeinheit des Verhältnisses sich bewußt wird, in die Schwäche und das innere Zerwürfniß des Nichtwollenkönnens hinein, oder, wenn das Ich im Leichtsinn und Uebermuth den Knoten zerhaut, endet sie in der Qual der Reue, des nachkommenden Bewußtseins der wesentlichen Potenzen der Idee.

§. 37.

Aus diesem Widerspruche heraus bestimmt sich denn endlich der Wille dazu, die Allgemeinheit selbst als seine Bestimmtheit zu setzen, in jedem praktischen Verhältnisse dessen wesentlichen Inhalt, seinen Begriff zu erkennen und zu verwirklichen. So ist er die absolute Freiheit, unendliche, über alle Schranken der Endlichkeit übergreifende Allgemeinheit. Sein Inhalt fällt mit der Objektivität der Sache selbst zusammen, deren innerer Nothwendigkeit er genug thut, daher ihm hinter-

Digitized by Google

her keine Reue kommen kann; andrerſeits iſt dieſe Objektivität geſetzt durch die Subjektivität des Willens ſelbſt. Das Ich iſt darin frei aus ſeinem ſelbſtgeſetzten Unterſchiede mit ſich vermittelte Einheit.

§. 38.

Dieſe abſolute Freiheit iſt aber nicht Aufhebung der vorhergehenden Formen der Freiheit, ſondern Beſtätigung derſelben. Beide ſind Momente ihrer Totalität. Denn ohne den Bruch mit allem empiriſch Gegebenen, der in der erſten Form liegt, wäre überall keine Freiheit möglich; und ohne das in der Willkühr liegende Moment der Indifferenz des Ichs gegen alle möglichen Beſtimmungsgründe würde die abſolute Freiheit wieder mit der abſoluten Nothwendigkeit zuſammen fallen.

Anm. — Im Begriffe der abſoluten Freiheit liegt nun freilich, daß der Wille nicht bloß als ein Endliches gedacht werden darf. Wer daher überhaupt nicht von der Vorſtellung laſſen kann, daß der Wille nur in's Gebiet der Pſychologie gehöre, der laſſe lieber alle Unterſuchungen über die Freiheit bei Seite! Zwar erkennt nun auch der beſonnene Determinismus an, daß ein objektives Syſtem des Willens möglich ſei, wie denn auch die Erfahrung, daß Familie, Staat, Kirche u. ſ. f. exiſtiren, zu ſolchem Anerkenntniß nöthigen. Aber freilich behauptet er nun wieder, daß dieſe objektiven Geſtalten Exiſtenzen für ſich, keine Erzeugniſſe freier Selbſtbeſtimmung ſeien. Allein eben dieſe Behauptung hat ihren Grund wieder lediglich in der unſpekulativen Zerbröckelung der zuſammengehörigen Momente der Idee. Treffend ſagt Vatke (S. 84. 85.): „Empiriſch iſt das reine Ich nicht ohne einen relativ erfüllten Hintergrund des Selbſtbewußtſeins vorhanden. Dieſer Inhalt, welcher dem Ich im Unterſchiede von dem unmittelbaren Inhalte des Subjekts überhaupt angehört, und ſeinen geiſtigen und freien Kern bildet, wächst mit

der allmäligen theoretiſchen und praktiſchen Ueberwindung dieſes gegenſtändlichen Inhalts, bis das ganze Gebiet deſſelben erobert iſt und der Wille damit aus ſeiner endlichen Erſcheinung auf den Standpunkt der Idee, der Einheit des Begriffs mit ſeiner Realität tritt. — Der gegenſtändliche, zunächſt unmittelbare Inhalt ſoll geformt, zu höherer Harmonie verknüpft werden, bis er ſelbſt eine in ſich konkrete freie Allgemeinheit geworden iſt; wie es nur Eine Natur des Menſchen giebt, ſo kann es auch nur Eine vernünftige Allgemeinheit dieſes gegenſtändlichen Willens geben, aber das Subjekt hat einen langen Weg zurückzulegen, um dieſelbe zu finden, und bedarf daher verſchiedener Ruhepunkte und zugleich der Ausſicht auf das ferne Ziel. Jenes ſind relative Totalitäten, welche dem Subjekte eine Zeitlang als wahrhafte Allgemeinheit gelten, dieſe liegt in dem Wiſſen von der Allgemeinheit überhaupt, welches aber ſolange abſtrakte Vorſtellung und Ahnung bleibt, bis das Allgemeine ſich in Einheit mit dem Beſondern, alſo als objektive, konkrete Freiheit verwirklicht. Die theoretiſche Seite des Bewußtſeins hält im Allgemeinen mit der praktiſchen des Willens gleichen Schritt, nur daß von der erſteren der Anſtoß ausgeht und dieſelbe auch der anderen relativ voraneilt, aber nur in der allgemeinen, abſtrakten Anſchauung. Das konkrete Erkennen, die innere Lebensgewißheit in Anſehung des objektiven Inhalts, fällt mit der andern Seite der Intelligenz zuſammen. So in einander verſchlungen, ſtellen beide Seiten das Ringen des Geiſtes nach dem vollen Selbſtbewußtſein ſeines Weſens und nach ſeiner Befreiung von den Schranken der Natürlichkeit dar. Da die Triebe als Inhalt des praktiſchen Geiſtes weſentlich eine Richtung nach Auſſen haben und ihre Befriedigung in der Aufnahme objektiver Elemente in die ſubjektive Lebensein-

Digitized by Google

heit finden, so sind es nicht bloß subjektive Standpunkte, welche diesen Entwicklungsgang bezeichnen, sondern ihnen entsprechend auch objektive Gestalten, die Stiftung und Ausbildung des Familienlebens, der Rechtsverhältnisse, der verschiedenen Erfindungen, wodurch die äussere Natur dem Menschen dienstbar wird, der Verkehr einzelner Volksgenossen und verschiedener Völker mit einander, endlich die sittliche und religiöse Gemeinschaft." Eben diese objektiven Gestalten als wesentliche Entwicklungsglieder in der Idee des Willens zu erkennen, das ist der Rubikon, über den man gehen muß, um zum Begriffe der Freiheit zu kommen.

B.) Die Formen der Nothwendigkeit.

§. 39.

Die Freiheit hat sich gezeigt als Werden aus dem absoluten Wesen des Willens, welcher sie als die Möglichkeit einer neuen ideellen Schöpfung aus der Welt der ersten natürlichen Schöpfung hervorgehen läßt. So sehr nun aber der freiwerdende Geist Negativität gegen sein Wesen ist und gerade in dieser Negativität sein Wesen hat, so hat sich doch zugleich gezeigt, daß diese Negativität keine abstrakte, vielmehr die wahre Freiheit gerade die Rückkehr zum Wesen des Willens, aber freilich nur die durch jene Negativität vermittelte Position des Wesens ist. Durch die Entwicklungsstadien der reinen Freiheit und der Willkühr geht der Geist nur, um in der wahren Freiheit als selbsterrungenen Besitz zu genießen, was er in der Unschuld des Gemüthslebens bereits, aber unbewußt, besessen hatte, die Einheit mit seiner Substanz. Es zeigt sich also, daß der Proceß der werdenden Freiheit kein schlechthiniger Abbruch von der Substanz des Willens ist, diese vielmehr nicht allein der ewige allgemeine Grund der Freiheit bleibt, sondern auch als eine mannigfach gestaltete Nothwendigkeit in den

Digitized by Google

Proceß der Freiheit im Beſondern ſich hinein flicht, um endlich als die Objektivität der Freiheit mit ihrer Subjektivität in die ſelbſtbewußte Einheit zuſammenzugehen.

§. 40.

Die Subſtanz des Willens ſetzt ſich nämlich gleichfalls unterſchiedene Formen ihrer objektiven Exiſtenz, die in ihrer Geſammtheit das natürliche und das geiſtige Univerſum ausmachen und hiermit die ſubſtantielle Vorausſetzung des einzelnen Geiſtes, das mütterliche Lebenselement bilden, aus welchem und an welchem er ſich zur Freiheit hindurchzuringen hat. Dieſe objektiven Lebenselemente, Natur, Volk, Familie, Staat u. ſ. f., welche zwar an ſich wieder als Willensſchöpfungen eine bloße Möglichkeit ſind, bilden für den einzelnen Geiſt, dem ſie in Form der Wirklichkeit vorausgeſetzt ſind, eine Nothwendigkeit und machen hiemit die Seite der Nothwendigkeit des Willens aus.

§. 41.

Allein hierin liegt ſowenig eine Aufhebung der Idee der Freiheit, daß vielmehr dieſe Idee gerade nur durch ihre Vermittlung mit dieſen Formen der objektiv exiſtirenden Subſtantialität zur vollen Entfaltung ihrer Realität gelangt. Es läßt ſich nun aber die gedachte Nothwendigkeit auf drei Formen zurückführen, die Natur, das Kauſalitätsgeſetz und den abſoluten Geiſt.

1) Die Natur.

§. 42.

Der endliche Geiſt kommt aus der Natur her, und ſie ſetzt ſich in ihn, auch nachdem er bereits denkend von ihr frei geworden iſt, fort. Wir haben oben den Willen zunächſt als natürlichen Willen kennen gelernt; aber auch, wenn der Geiſt über dieſe Form hinaus iſt, kann er in krankhaften Zuſtänden wieder in ihn zurückſinken und den kosmiſchen Mächten unterworfen ſeyn.

§. 43.

Allein dies ist sowenig ein Argument gegen die Freiheit, daß vielmehr gerade der Unterschied des natürlichen Zustands von der weiteren, durch das Denken gesetzten Entwicklung des Willens die Freiheit als Forderung hervortreibt, wie denn diese überall nur als die Negation jenes natürlichen Zustandes, als der Bruch des Geistes mit der Natur, als der Akt seiner Selbstunterscheidung von ihr begreiflich ist. Denn, wie der Begriff der Freiheit, so wird auch der Begriff des Geistes überall erst als Negativität gegen die Natur wirklich. Sein Wesen ist Insichsein, Sichselbstabstoßen von der Materie, Selbstbestimmung. Dem Geiste selbst ein natürliches Sein zuschreiben, heißt daher: den Geist läugnen.

§. 44.

Es hat aber dieses Verhältniß des Geistes zur Natur seine noch tiefere Wahrheit in der Einsicht, daß die Natur selbst von ihren einfachsten Gebilden herauf bis zum Menschen der Proceß ist, die Aeusserlichkeit immer mehr aufzuheben und zum reinen Insichsein zu kommen. Sie selbst ist ein stetes Ringen nach dem Geiste, nach der Idealität, der Freiheit, die sie als Naturseele noch nicht zu erreichen vermag. Aber der im Bruche mit ihr zu seiner Realität kommende Geist ist eben darum der Vollender jenes Processes, der Erlöser der Natur, der ihre Sehnsucht stillt. Ja noch mehr: die Natur ist, tiefer aufgefaßt, allerdings nicht nur das endliche Entwicklungsmedium für den Geist, sondern sie ist sogar als seine ursprüngliche Substanz aufzufassen, in welcher alle Produktionen seiner Freiheit ihre Wurzel haben. Allein auch so verhält sie sich zum Geiste nicht als abstrakte Nothwendigkeit. Denn einerseits ist die geistige Natur eines Volks, der substantielle Boden seines Geistes, doch nur die allgemeine Möglichkeit seiner Geschichte, die ihre konkrete Erfüllung erst durch die freien Thaten der individuellen Geister erhält: andrerseits

Digitized by Google

kann mit ebensovielem Rechte gesagt werden, daß der freie Geist eines Volks sich seine Nationalität, den substantiellen Boden seiner jedesmaligen Gegenwart, als seinen durch freie That gebildeten Charakter selbst zeuge.

Anm. — Es ist die krasseste Form des Determinismus, welche die Freiheit deshalb läugnet, weil der Geist den Gesetzen des natürlichen Seins unterliege. Diese Form ist in der Literatur des Strafrechts hinlänglich bekannt, da sich seit langer Zeit nicht sowohl die Juristen, welche durch die praktisch psychologische Uebung vor solchen Verirrungen bewahrt bleiben, als die Aerzte ein angelegentliches Geschäft daraus machen, den Materialismus zu predigen. Auf diese Erscheinung im Besondern wird unten bei der Aufhebung der Zurechnung durch Seelenkrankheiten näher einzugehen sein. Hier handelt es sich nur davon, die Ansprüche des Materialismus im Allgemeinen abzuweisen. Es gibt nun gewisse Arten von Verkehrtheiten, die man nur in ihrer ganzen Nacktheit sich selbst aussprechen lassen darf, um sofort jede Widerlegung als überflüssig erscheinen zu lassen. In dieser Beziehung leistet uns ein alter Jurist, der gerade mit Rücksicht auf das Strafrecht den Materialismus durchzuführen suchte, treffliche Dienste, daher wir uns damit begnügen wollen, einige Kraftstellen von ihm hierherzusetzen: „Nachdem ich," sagt er, „dieses Wenige zum Voraus gesetzt, will ich nunmehr darthun, daß es ein Betrug der Sinne, ein angenehmer Traum, eine bloße Erscheinung ist, wenn wir frei zu sein glauben. Hier begehe ich gleich meinen ersten Fehler. Ich *will* zeigen — lächerlicher Ausdruck! Es hätte heißen sollen: ich muß. Ich will, — dies Wort heißet nichts Anderes, als: viele kleine, tief in der Natur verborgene Räder drückten auf meine Seele, daß sie zu dieser Sache den Hang bekam ...

Digitized by Google

Es ist anjetzt bloß die Frage, ob unsere Seele ein Vermögen habe, ohne von aussen in sie erzeugte Vorstellungen etwas von sich selbst zu thun. Dergleichen Vermögen ist in ihr nicht anzutreffen, weil sonst etwas ohne zureichenden Grund geschehen würde, sondern, wie die Wage ohne eingelegtes Gewicht ewig stille steht, so würde auch der menschliche Wille ewig todt sein, wenn nicht von aussen her gewisse, durch nahegelegene Dinge entsprungene Vorstellungen ihn belebten. . . . Das Gefühl, unsere Augen, Ohren, und mit Einem Worte die Sinne tragen allerlei Gestalten und gewisse Bilder in's Gehirn, fast auf dieselbe Art, als wenn in einer finstern Kammer auswärtig erleuchtete Gegenstände sich abmalen. Diese Bilder drücken sich in das Gehirn ein, bleiben hangen, und werden die Vorrathskammer des Gedächtnisses . . . Es ist glaublich, daß die Seele ungefähr beim Ursprunge der Nerven ihren Sitz aufgeschlagen habe. Hier sitzt sie, wie eine Spinne, die ihre Fäden durch den ganzen Leib ausgespannt hat, und vermittelst der allenthalben verbreiteten Nerven die allerkleinste Erschütterung augenblicklich merkt, aber auch hinwiederum durch einen sehr flüssigen Saft an eben solchen Fäden selbst herabschießen, d. h. den Körper bewegen kann, nach der Art, wie sie selbst von den Bedürfnissen des Körpers dazu bestimmt worden . . . Tugend ist weiter nichts, als eine glückliche Mäßigung der Säfte und des Geblüts; Sittsamkeit ist eine Wirkung der Auferziehung und des Temperaments. Keusch sein, heißt: wenig Fleisch und Blut haben . . . Die Worte haben bei einem Menschen dieselbe Bedeutung, welche beim Hunde der Prügel hat. Dieser gewöhnet den Thieren Unarten ab. Wenn man ihn schläget, bekümmert man sich nicht darum, ob er frei sei oder nicht, sondern man ist böse und zornig. Was bei dem Hunde

Digitized by Google

der Prügel, das ſind bei vernünftigen Geiſtern Ermahnungen und Geſetze. ... Frage: Wie kommt der Dieb dazu, daß er gehängt werden ſoll, da er doch ſeiner Natur nach ein Dieb iſt? Antwort: Wie kommt der Wolf, wie kommt der arme Floh dazu, daß du ſie tödteſt, da ſie doch ihrer Natur nach des Fleiſches begierig? Frage: Ein Menſch iſt ja kein Hund, kein Floh, kein Wolf. Antwort: Das weiß ich, aber darin kommen ſie doch überein, daß man dem Floh nichts zurechnen kann."

2) Das Kauſalitätsgeſetz.

§. 45.

Die Freiheit hat zum Medium ihrer Erſcheinung die endliche Welt und dieſe überhaupt ſteht unter dem Kauſalitätsgeſetze, unter welches daher auch die Evolution der Freiheit fällt. Hiemit ſcheint nun aber die Freiheit ſchlechthin negirt zu ſein. Denn das Käuſalitätsgeſetz hat den Sinn, daß jedes endliche Ding andere endlichen Dinge zu ſeinen nothwendig determinirenden Urſachen habe, ebenſo aber ſelbſt wieder die Urſache anderer endlichen Dinge bilde, woraus ſich denn ein unendlicher Regreß und Progreß von Urſachen und Wirkungen ergibt.

§. 46.

Allein eine tiefere Auffaſſung des gedachten Geſetzes hebt den ſcheinbaren Widerſpruch wieder auf. Das Kauſalitätsgeſetz iſt nämlich weſentlich nur ein Geſetz der endlichen Dinge, das aber eben deswegen das Weſen der Freiheit nicht ausſchließt. Daſſelbe enthält einen inneren, formellen und materiellen Widerſpruch, einen formellen, ſofern das ſelbſt nur Geſetzte zugleich das Gegentheil des Geſetztſeins, nämlich ſelbſt das Setzende eines Andern ſein ſoll, — einen materiellen, ſofern die Wirkung, als geſetzte Urſache, nur das Sein dieſer Urſache ſelbſt ſein kann, und doch die endlichen Dinge ihrem

Inhalte nach verschieden sein sollen. Dieser Widerspruch liegt aber in der Sache und enthält zugleich seine Lösung in sich selbst. Eben nur für die endlichen Dinge ist nämlich der Satz wahr, daß jedem in Beziehung auf das andere die Spontaneität des Ursacheseins zukomme. Denn es liegt im Begriff der Endlichkeit, daß das endliche Ding bestimmt, hiemit nur durch andere bedingt sei. Diese Bestimmtheit und Bedingtheit ist somit eine druchgängig wechselseitige, und es ist das Gesetz der Wechselwirkung, worin das als unendlicher Regreß und Progreß erscheinende Kausalitätsgesetz seine Wahrheit findet. Hierin liegt nämlich, daß die wirkende Ursache ebenso wieder Wirkung des von ihr Gewirkten ist, sofern sie von diesem vorausgesetzt wird, und umgekehrt. Damit sind aber jene Widersprüche gelöst: denn einerseits versteht es sich nun von selbst, daß das Gesetzte zugleich selbst ein Setzendes ist, weil es sich seine eigene Ursache voraussetzt, hiemit diese zur bloßen Voraussetzung herabsetzt, während es selbst als das Spontane, Selbstständige erscheint; andererseits ist es zwar ganz richtig, daß die Wirkung das Sein der Ursache ist, allein, da dasselbe Verhältniß auch umgekehrt stattfindet, so erhellt, daß bei aller Gemeinschaftlichkeit des Inhalts doch auch zugleich eine Verschiedenheit desselben stattfinden muß, da die Ursache in ihrem Werden zur Wirkung jedesmal an diese das Princip des Spontanen, der selbstständigen Existenz abgeben muß. Die Welt der Endlichkeit ist dem Proceß des Werdens unterworfen, und eben dieser Proceß, der die Bewegung der Wechselwirkung ist, hat seine Darstellung daran, daß das eine Ding ebensowohl als Bedingung, wie als Bedingtsein erscheint.

§. 47.

In diesem Sinne ist es nun aber ganz unbedenklich, auch die Freiheit unter das Kausalitätsgesetz zu stellen. Ihr Akt ist allerdings durch äussere Ursachen mannigfach bedingt.

Digitized by Google

Allein dieſes Bedingen von Seiten der äuſſeren Urſachen iſt ebenſowohl Bedingtſein durch die Freiheit, d. h. die Urſachen ſinken zu bloßen Vorausſetzungen der freien Wirkung herab und dieſe erſcheint vielmehr als das Setzende, Bedingende, Spontane, das jene äuſſerlichen Vorausſetzungen, indem es ſie gebraucht, in ſein eigenes Weſen verwandelt und hiemit ein neues Geſetz in die Welt bringt, während es zugleich den Geſetzen dieſer Welt ſich fügt.

Anm. — Die Antinomie der Freiheit und des Kauſalitätsgeſetzes hat zwar ihr vorzügliches Medium in dem Verhältniß der Freiheit zur Natur, da gerade die Natur das weſentlich dem Kauſalitätsgeſetze Unterworfene iſt. Gleichwohl wird das wahre Verhältniß des Geiſtes zur Natur in der Regel noch leichter zugegeben, weil man ſich doch ſcheut, den Materialismus in ſeiner kraſſeſten Geſtalt offen zu bekennen, und weil andererſeits die Einſicht, daß die ſchaffende Naturſeele die nach der freien Idealität des Geiſtes ringende Sehnſucht iſt, der gemüthvollen Anſchauung nahe liegt. Die Wahrheit ſolcher Gegenſätze wird nun immer leichter zum Bewußtſein gebracht, als die Löſung ſolcher Antinomieen, welche auf den Gegenſätzen der reinen Reflexion beruhen; und eben unter dieſe gehört die vorliegende ganz beſonders. Der widerſpenſtige Verſtand will durchaus nicht zugeben, daß die Freiheit mit dem Kauſalitätsgeſetze zuſammenbeſtehen könne; und es iſt bezeichnend, daß er in der Regel ſeine Argumente nicht ſowohl aus der Nothwendigkeit des ſinnlichen, als des geiſtigen Univerſums holt. Solcher Verſtand ſieht oft ſehr herab auf den Materialismus, der im Geiſt nur die auf's Feinſte organiſirte Materie ſieht, obwohl nicht ſelten ein derartiger Materialismus viel geiſtreicher iſt, als die darauf herabſehende Reflexion. Er nimmt den Willen als frei an, den Geiſt als ver-

ſchieden von der äuſſern Natur. Aber nun ſieht er doch, daß auch im geiſtigen Univerſum das Kauſalitätsgeſetz regiert, daß Nationalität, Familientypus, Temperament, Erziehung, Schickſal, Beiſpiel, eigene Bildung und tauſenderlei andere Dinge den Willen beſtimmen. Hat er daher gleich den Geiſt von der äuſſern Natur emancipirt, ſo weiß er ſich doch keinen Rath, wie er ihn hier dem Kauſalitätsgeſetze entreißen ſoll, das ihm eben hier um ſo mehr imponirt, je mehr es mit den hergebrachten Vorſtellungen von göttlicher Weltordnung, Zuſammenhang des geſchichtlichen Verlaufs u. ſ. f. harmonirt. Derſelbe Verſtand iſt es freilich, der auch wieder umgekehrt dem Determinismus des Kauſalitätsgeſetzes den ſchalſten Indifferentismus des als abſtrakte Willkühr gefaßten Willens entgegenſtellt, wie es ihm denn gar nichts darauf ankommt, im Gebiete der Geſchichte das Größte aus dem Kleinſten abzuleiten und zugleich doch wieder nichts merkwürdiger zu finden, als daß der und der nun wirklich ſo gehandelt habe, da es doch ſo leicht auch hätte anders und wieder anders ſein können. Indeſſen hat ſchon Kant die hier vorliegende Antinomie in ihrer ganzen Schärfe klar entwickelt und ihre Löſung nur darum nicht zu Ende gebracht, weil er bloß eine äuſſerliche Vermittlung der Freiheit und der erſcheinenden Nothwendigkeit zu Wege brachte. Dies war der Fall, wenn er ſagt, die zur Möglichkeit einer freien Handlung nothwendigen Naturbedingungen betreffen nicht die Beſtimmung der Willkühr ſelbſt, ſondern nur den Erfolg derſelben in der Erſcheinung. Allein dies iſt keine wahre Verſöhnung des Widerſpruchs, da auf ſolche Weiſe vielmehr die Glieder des Gegenſatzes neben einander beſtehen bleiben. Um eine wahre Verſöhnung hervorzubringen, muß man vielmehr das endliche Kauſalitätsgeſetz in das abſolute auf-

lösen und zu der Einsicht kommen, daß dasselbe durch sich selbst in das Gesetz der Wechselwirkung hinübergetrieben wird, wo denn das Bedingte ebensosehr als Bedingung erscheint und seiner vorausgesetzten Bedingung die Dignität des Ursächlichen benimmt, indem es dieselbe auf sich selbst überträgt und seine Bedingung zu einer bloßen Sollicitation herabsetzt. Nur gar zu gern schieben die Verbrecher die Schuld ihrer bösen Thaten auf die äusseren Umstände, welche sie verführt haben; aber es ist ihnen zu erwiedern, daß dieselben Umstände auch bei honetten Leuten vorkommen, ohne sie zu verführen, und daß die Verführungen nur bei denjenigen anschlagen, welche sich gern verführen lassen.

3) Der absolute Geist.

§. 48.

Noch mehr aber, als das in der Endlichkeit herrschende Kausalitätsgesetz, scheint der Begriff der Freiheit der des Absoluten entgegenzustehen, welches, als absolute Kausalität gefaßt, alle menschliche Freiheit ausschließt. Der Determinismus auf dieser seiner höchsten Spitze hat eine doppelte Seite, eine subjektive und objektive, indem er einerseits die Freiheit des einzelnen Menschen, andrerseits die Freiheit im Entwicklungsgange der ganzen Menschheit läugnet.

§. 49.

Was die subjektive betrifft, so ist diese bekanntlich vornämlich auf dem religiösen Gebiete hervorgetreten und hat sich in der Augustinischen Lehre von der Gnade und der Prädestination, besonders in deren konsequenter Darstellung bei Kalvin und neuerdings bei Schleiermacher, geltend gemacht. Sie fällt aber in ihrem wesentlichen Resultat zusammen mit dem spinozistischen Begriffe des Absoluten als der in allen Gegensätzen der natürlichen und geistigen Welt sich selbstgleichen

Digitized by Google

Einen Subſtanz. Sieht man nämlich ab von den inkonſequenten Modifikationen, womit man den religiöſen Determinismus dem gemeinen Bewußtſein mundgerecht zu machen verſucht hat, ſo fällt derſelbe mit dem philoſophiſchen zuſammen, wornach das Abſolute ſchlechthinige Einheit alles Bedingten, oder — nach dem Kauſalitätsverhältniſſe — ſchlechthinige Einheit aller endlichen Urſachen und Wirkungen iſt. Wenn alſo auch gegenüber dem endlichen Kauſalitätsgeſetze die Freiheit ſich retten ließe, ſo würde ſie doch dem abſoluten verfallen. Ja, nach jener philoſophiſchen Anſicht beſteht ſogar beides zuſammen. Der endliche Kauſalnerus iſt ihr in ſeinen einzelnen Gliedern durch endliche Urſachen beſtimmt. Das Abſolute als ſolches ſetzt nicht das Einzelne, ſondern nur das Ganze. Aber eben im Ganzen iſt auch das Einzelne mitbeſtimmt. Möchte daher immerhin die Freiheit gegen den endlichen Kauſalnerus als ebenſo mitbeſtimmend, wie beſtimmt, ſich noch halten laſſen, ſo wäre dies doch immer nur eine endliche Betrachtungsweiſe. Dagegen müßte ſie, sub specie aeterni angeſehen, nur um ſo gewiſſer in der abſoluten Kauſalität der Subſtanz untergehen.

§. 50.

Dieſe Anſicht, welche ein tiefſpekulatives Moment enthält, ja den Anfang der Spekulation ſelbſt bildet, läßt ſich auch in der That nicht von einem untergeordneten Standpunkt aus, ſondern nur dadurch widerlegen, daß ſie ſelbſt zu ihrer höheren Wahrheit weiter geführt wird. Dies geſchieht aber vermittelſt der Einſicht, daß die Kauſalität eine dem Abſoluten keineswegs angemeſſene Kategorie iſt, dieſes vielmehr wahrhaft nur als Geiſt aufgefaßt wird. Wenn gleich nämlich dem Willen Kauſalität zukommt, ſo erſchöpft dieſe doch den Begriff des Willens lange nicht, der weſentlich Selbſtbeſtimmung, Ichheit iſt. Kauſalität iſt eine Kategorie der bloßen, noch nicht zum Geiſte vermittelten Subſtanz. Allein die wahre

Spekulation zeigt ſchon im organiſchen Proceſſe der Natur das Princip der Freiheit als ringend gegen die Macht des Kauſalnexus auf; was aber dort nur als Drang erſcheint, das kommt im Geiſte zum Durchbruch. Allerdings muß von der Subſtantialität des Abſoluten, ſeiner All-Einheit ausgegangen werden, wie denn auch mit Spinoza die neuere Spekulation hievon ausgegangen iſt. Allein bei dieſem Anfang kann nicht ſtehen geblieben werden. Mit dem Begriffe der reinen Einheit, welche die Subſtanz iſt, findet ſich ein innerer Gegenſatz geſetzt, nämlich einmal die Einheit als unendliche All-Einheit (die hiemit noch unbeſtimmte Einheit aller möglichen Beſtimmtheit), ſodann aber dieſelbe als Einzelheit, Alleinheit (eben weil jene unbeſtimmte unendliche Einheit ſelbſt beſtimmt und zwar eben nur als reine Einheit beſtimmt iſt). Dieſe Beſtimmtheit iſt aber dem Abſoluten nicht angemeſſen, ſofern es unendliche Einheit iſt; daher iſt in dem Abſoluten ein Widerſpruch ſeines Weſens und ſeines Geſetztſeins. Derſelbe löst ſich, indem ſich das Abſolute ſetzt als ein unendlich Beſtimmtes, wodurch es eben in ſeiner Beſtimmtheit ſeine Unendlichkeit wiederherſtellt. Dieſe vom Abſoluten geſetzte unendliche Beſtimmtheit iſt nun die Natur. Das Werden der Natur aus dem Abſoluten iſt nothwendig, weil nur dadurch die Unendlichkeit wirklich werden kann, indem ſie im unendlichen Fluß des Werdens das Endliche unendlich über ſich hinausgehen und andres Endliche zeugen läßt. Allein dieſe Unendlichkeit der Endlichkeit iſt nicht die wahre, da alle ihre Beſtimmtheiten als endliche Geſtalten fixirt werden, die Unendlichkeit hiemit nicht in ihnen ſelbſt, ſondern immer nur über ſie hinaus, als unendlicher Proceß iſt. Um nun auch actu zu ſein, was ſie potentia iſt, muß daher die Unendlichkeit aus dieſer unendlichen Beſtimmtheit in die Einzelheit zurückgehen, in dieſe das Univerſum reflektiren und in ihr Selbſtbewußtſein des Abſoluten werden. So aber wird das Abſolute Geiſt,

Digitized by Google

Ich, Wille; so ist es über die Kategorie der Substantialität und Kausalität weit hinaus, und negirt die Freiheit nicht mehr.

§. 51.

Die Natur ist nach dieser Ansicht nicht minder, als die Ichheit, ebenso sehr nothwendig, als freie Position des Absoluten. Beide sind Reflexion des Unendlichen in sich, aber die Ichheit ist erst diese Reflexion als absolute. Auch die Natur ist weder Abfall vom Absoluten, noch ein Selbständiges gegen dasselbe, vielmehr seine eigene Selbstentäusserung zur Sphäre der Nothwendigkeit, in welcher Vernunft und Freiheit nur als Innerliches, nicht als wacher Geist vorhanden sind. Der Geist aber ist sowohl das Resultat des Vermittlungsprocesses durch die Natur, als auch dem Principe nach das Erste; er ist der zu sich selbst gekommene Begriff des Absoluten, die adäquate Existenz des Unbedingten und Unendlichen, eben darum aber auch, wie das Resultat, so der Grund des Schöpfungsprocesses. Keineswegs sind also Natur und Geist koordinirte Attribute des Absoluten. Vielmehr ist der schöpferische Wille in der Natur Wille der Nothwendigkeit; diese Nothwendigkeit ist zwar durch den Geist bestimmt, aber diese Bestimmung ist nicht Selbstbestimmung, sondern Bestimmtsein, so daß die Natur als solche das Unfreie selbst ist, welches die Vernunft und Freiheit nur als sein Ansich in sich hat. Die Natur ist nun zwar der unendliche Drang des Absoluten zu seiner Verklärung im Geiste, aber eben, weil dieser Drang sich erst damit erfüllt, daß aus dem dunkeln Schooße der Natur der Geist an's Licht geboren wird, so ist der Wille in der Natur noch nicht Freiheit, sondern Nothwendigkeit, er hat sich in der Nothwendigkeit der Natur seine eigene Voraussetzung gemacht, durch deren Aufhebung er sich als freie Selbstbestimmung realisirt. Die Natur ist mithin einerseits Schöpfung, Gesetztsein durch das Absolute, von ihm abhängig,

andrerseits selbst eine nothwendige Bestimmung im Proceß des Absoluten, das empirisch Erste, die Nothwendigkeit im Unendlichen. Beide Seiten ergänzen sich, indem diese Nothwendigkeit sich als Voraussetzung der Freiheit erweist, welche diese sich selbst gemacht hat. Selbst die Natur steht also nicht bloß unter der Kategorie der Kausalität, da sie sonst identisch mit dem Absoluten wäre, während sie doch die Selbstentäusserung des Unendlichen an die endliche Bestimmtheit darstellt. Vielmehr sie ist das vom absoluten Willen selbstgesetzte Anderssein seiner selbst, so daß er selbst in ihr der Nothwendigkeit unterworfen, passive Intelligenz, Negation des Willens ist. Aber allerdings ist die ringende Seele der Natur eben dieser absolute Wille, der sich, sie stufenweise verklärend, aus ihr zur Freiheit hervorbringt. Der endliche Geist bildet den großen Wendepunkt. Er hat die Natur zur Mutter und steht nach dieser Seite allerdings unter dem Gesetze der strengen Nothwendigkeit, welches von keiner Allmacht durchbrochen werden kann (denn der absolute Wille in der Natur ist eben die absolute Naturmacht); aber in ihm bricht die in der Natur an sich gesetzte Vernunft und Freiheit zum Fürsichsein durch.

§. 52.

Gerade dieses Verhältniß des Geistes zu der Natur ist es, welches von den philosophischen und theologischen Systemen, die das Absolute als Kausalität auffassen, durchaus verkannt wird. Die theologische Prädestinationslehre muß insbesondere, wenn sie irgend konsequent sein will, die selbständige Bedeutung des Sündenfalls und die Vorstellung des demselben vorhergehenden Handabthuns Gottes ebenso wie die Distinktionen zwischen dem formale und dem materiale malae actionis aufgeben; sie muß auch das Böse und seine Folgen auf die absolute Kausalität zurückführen, und darf vor der Folgerung der Vorherbestimmung zur Verdammniß nicht zurückweichen. Es genügt nicht, göttliches Vorherwissen und Vor-

herbestimmen zu trennen, oder einen vorhergehenden und nachfolgenden Willen Gottes zu unterscheiden, denn beides widerspricht dem Begriffe der Kausalität. Ebensowenig liegt eine Aushilfe darin, daß dem Menschen auch abgesehen von der absoluten Kausalität eine relative Spontaneität, nämlich die Fähigkeit, der Gnade zu widerstehen oder nicht zu widerstehen, zugeschrieben wird. Denn einerseits müßte das Nichtwiderstehen doch als eine Aktivität gedacht werden, andrerseits verbeut der Begriff der absoluten Kausalität, ein positives Mitwirken des Menschen zum Proceß der Gnade anzunehmen. Vielmehr müssen Präscienz und Prädestination als identisch gesetzt, und es darf neben der absoluten Kausalität keine relative angenommen werden, die nicht von jener gesetzt wäre. Aber freilich ist die nothwendige Folge hievon, daß Gott auch das Böse wirken muß und daß der Schuldbegriff vernichtet wird. Abgesehen nämlich von der Schwierigkeit, sich in Einem Akte göttliche und menschliche Freiheit als unmittelbar identisch, einen persönlichen Willen als in einen andern übergehend sich vorzustellen, so ist jedenfalls klar, daß die menschliche Freiheit schlechthin in der absoluten Kausalität untergehen muß, man denke nun diese abstrakt, oder man hypostasire ihr ein jenseitiges persönliches Wesen. Denn es erscheint im letzten Fall die menschliche Freiheit nur als die Bestimmtheit im freien Willen Gottes, im ersten sinkt sie zum Sichbestimmtwissen, d. h. zum Gefühl der absoluten Abhängigkeit herunter. Dieser Konsequenz läßt sich durch keine Ausflucht ausbeugen. Meint man nämlich, derselben dadurch zu entgehen, daß man eine Selbstbeschränkung der Allmacht annimmt, wodurch eine von ihr unabhängige Kausalität gesetzt werde, und als diese Schranke die Freiheit des endlichen Geistes bezeichnet, so steht entgegen, daß einmal eine Selbstbeschränkung der absoluten Kausalität ganz undenkbar ist, und, angenommen, sie wäre es, noch viel weniger eingesehen werden könnte, wie eben mit

dem endlichen Geiſt der Kauſalnexus abbrechen ſollte, während doch die Natur, welche allein die Baſis der Freiheit ſein kann, keine Schranke für die göttliche Allmacht ſein ſoll. Es iſt hier das Verhältniß des Geiſtes zur Natur geradezu in ſein Gegentheil verkehrt; daher denn auch die Vorſtellung, daß die göttliche Allmacht an die Naturnothwendigkeit nicht gebunden ſei, vielmehr ſie willkührlich aufheben könne, ſowie die mechaniſchen und myſtiſchen Vorſtellungen vom Concursus dei. —

§. 53.

Gegen dieſen Determinismus ſcheint daher der einzige Ausweg in dem entgegengeſetzten Syſteme des Indeterminismus zu liegen, das denn auf religiöſem Gebiete im Pelagianismus und neuerdings wieder im Rationalismus ſich geltend gemacht hat. Der ſpekulative Kern iſt hier aber freilich ein dürftiger und reducirt ſich auf den Dualismus von Reflexionsgegenſätzen, die, als letztes feſtgehalten, einen offenbaren Widerſpruch bilden. Zunächſt ſcheint nämlich durch dieſe Anſicht die menſchliche Freiheit gerettet zu werden. Auch iſt an ihr in der That das Moment der reinen Freiheit, ſowie das der Willkühr als weſentlich ganz richtig hervorgehoben. Was aber fehlt, iſt gerade die Hauptſache, nämlich die Idee der abſoluten Freiheit, von deren lebendigſtem Gefühle die Prädeſtinationslehre ausgeht. Das Verhältniß der endlichen Freiheit zum abſoluten Willen iſt beim Pelagianismus auf eine ſehr oberflächliche Weiſe beſtimmt. Denn wenn hiernach das Können, die Wahlfreiheit des Menſchen von Gott, das wirkliche Wollen und Sein aber vom Menſchen abhängt, ſo iſt damit ein wirklicher Unterſchied des göttlichen und menſchlichen Willens in der That gar nicht geſetzt. Denn das Daſein der Freiheit iſt von ihrer Thätigkeit nicht trennbar; hängt das eine von Gott ab, ſo muß auch das andere durch ihn geſetzt ſein: oder aber — bedarf die endliche Freiheit zu ihrer Thätigkeit nichts auſſer ihr, ſo bedarf ſie es auch nicht zu

Digitized by Google

ihrem Daſein überhaupt. Derſelbe Widerſpruch bleibt auch ſtehen, wenn hinſichtlich der Erhaltung des menſchlichen Willens durch den göttlichen die göttliche Mitwirkung auf die phyſiſche, die freie Selbſtbeſtimmung des Menſchen auf die ethiſche Seite der menſchlichen Handlungen bezogen wird. Denn auf dieſe Weiſe bleiben Form und Inhalt der Freiheit auſſereinander, als zwei verſchiedene Willen vorausſetzend. Verwirft man aber die abſolute Selbſtändigkeit der menſchlichen Freiheit, hält vielmehr nicht nur die Schöpfung, ſondern auch die Erhaltung ihrer ſubſtantiellen Nothwendigkeit feſt, ſo muß man, da Form und Inhalt nicht getrennt werden können, nothwendig wieder zur abſoluten Kauſalität zurückgehen und die menſchliche Freiheit als einen bloßen Schein aufgeben.

§. 54.

Die Einſicht in das wahre Verhältniß ſetzt daher vor Allem voraus, daß ſowohl der abſtrakte Monismus, als der abſtrakte Dualismus, der auf jenen zurückführt, aufgegeben werde. Die Unwahrheit des erſteren liegt aber in dem Feſthängen am Subſtantialitäts- und Kauſalitätsverhältniſſe. Dieſes negirt die menſchliche Freiheit unbedingt, und die verkehrteſte Aushilfe, wie gezeigt, iſt die, wenn gerade eben die Natur nicht als Schranke des abſoluten Willens aufgefaßt, dagegen der endliche Geiſt als eine ſolche poſtulirt wird. Gerade umgekehrt iſt vielmehr der abſolute Wille in der Natur als zur Nothwendigkeit aufgehobene, wenn gleich aus eben dieſer Schranke ſich hervorringende Freiheit zu denken. Die Allmacht in der Natur iſt ſowenig Willkühr, daß ſie vielmehr eben mit dem geſetzmäßigen Geſammtproceß der natürlichen Dinge zuſammenfällt. Aber allerdings iſt es die Freiheit ſelbſt, die ſich dieſe Nothwendigkeit zu ihrer Vorausſetzung gemacht hat und aus ihr in ſtufenweiſer Entwicklung hervortreibt. Innerhalb der Natur ſelbſt ſchon tritt das Kauſalitätsgeſetz zurück und das der immanenten Zweckmäßigkeit hervor, vermöge

deſſen das aus ſeinem Weſen ſich beſtimmende Naturobjekt zum organiſchen Centrum, zur ſubjektiven Einheit wird und hiemit den Kern bildet, aus welchem die Ichheit, die geiſtgewordene Seele, die Feſſel der natürlichen Unmittelbarkeit von ſich werfend, an's Licht hervorbringt. Das Ich iſt hiemit allerdings Produkt der Natur und wurzelt in ihrer Nothwendigkeit, aber es iſt die im Endlichen in ſich zurückgehende Unendlichkeit, das Werden des Abſoluten ſelbſt, das ſich eben in und mit dem Ich von der ſelbſtgeſetzten Schranke der Endlichkeit befreit. Dieſe Befreiung iſt allerdings kein plötzlicher Akt, ſondern ein allmäliger Bildungsproceß durch die oben erörterten Stadien des natürlichen Willens, der reinen Freiheit und der Willkühr zur abſoluten Freiheit hindurch. Im erſten Stadium wirkt das Abſolute noch als Naturmacht und kündigt ſeine Idealität nur erſt in jenem Triebe der unendlichen Liebe an, der das unverdorbene Gemüth „in Einfalt begreifen läßt, was auch kein Verſtand der Verſtändigen ſieht.“ Mit der reinen Freiheit dagegen tritt im Ich das Wiſſen des abſoluten Willens um ſich ſelbſt, hiemit auch ſein Wiſſen um ſein Weſen ein, welches die reine Freiheit iſt. Von einem Kauſalitätsverhältniſſe zwiſchen abſolutem und endlichem Willen kann daher ſchlechthin nicht mehr die Rede ſein, da vielmehr gerade die Selbſtdifferenzirung des Geiſtes von der Natur die reine Negativität gegen das Kauſalitätsgeſetz iſt. Wird alſo überhaupt die Differenz des Abſoluten vom endlichen Geiſte feſtgehalten, ſo muß jedenfalls dem Willen des letzteren relative Selbſtändigkeit vindicirt werden; von einem unwiderſtehlich wirkenden abſoluten Willen kann nicht mehr die Rede ſein. Mit andern Worten: es muß in der abſoluten Freiheit das Moment der Willkühr erhalten bleiben. Daher ſind Vorſtellungen aufzugeben, wie die, daß Gott die Macht habe, das Böſe zu hindern, es aber nicht thue, daß er die Gnade willkührlich zurücktreten und wieder eintreten laſſe u. dgl. Es muß offen anerkannt werden, daß

Gottes Wille durch den menſchlichen bedingt, daß ſeine Selbſtbeſtimmung dem Inhalte nach durch die freie Selbſtbeſtimmung des Menſchen beſtimmt ſei. Der abſolute Wille iſt nicht ſchrankenloſe Willkühr, er hat ſeiner Freiheit ſeine Nothwendigkeit ſelbſt zur Bedingung gemacht, und dieſe Bedingung kann er nicht aufheben wollen, wenn er nicht ſich ſelbſt als Geiſt und Freiheit aufheben will. Nennt man alſo die Gnade eine Wirkung Gottes, ſo muß man ſie zugleich auffaſſen als ein freies Entgegenkommen von Seiten des Menſchen; ſpricht man von einer Selbſtbeſchränkung des göttlichen Willens, ſo muß man dieſe auffaſſen als Akt der menſchlichen Willkühr, die ſich der abſoluten Freiheit entgegenſetzt. Von einem Verhältniſſe des Zwangs, der Unwiderſtehlichkeit kann daher hier nicht die Rede ſein, die Nothwendigkeit beſteht gerade in der Freiheit des ganzen Proceſſes. Die endliche Freiheit erſcheint nun hiemit freilich als ein Moment im Entwicklungsgange der abſoluten Freiheit. Allein, da das von der Prädeſtinationslehre vorausgeſetzte Kauſalitäts- und Subſtantialitätsverhältniß aufgegeben iſt, ſo macht dies keine Schwierigkeit mehr. Denn, indem die Projektion in die Natur als eine nothwendige Beſtimmung am Abſoluten aufgewieſen wird, wird das menſchliche Ich, als endliche Centralität, zum nothwendigen Organ für den Durchbruch der abſoluten Freiheit ſelbſt. So gewiß dieſe nun bloß dann zur Realität kommt, wenn das menſchliche Ich den Akt ſeiner Losreißung von ſeiner endlichen Unmittelbarkeit wirklich vollzieht, ſo gewiß iſt auch, daß das menſchliche Ich dieſen Akt eben nur vermöge ſeiner Willkühr vollziehen kann, ſowie daß andrerſeits jeder Akt der menſchlichen Willkühr, der ſich im Gegenſatze gegen das Weſen des Willens fixirt, auſſerhalb der abſoluten Freiheit fällt. Der ganze Proceß aber iſt dieſer: Der endliche Wille als natürlicher iſt ſelbſt noch weder Ich, noch Freiheit, ſondern nur die reale Möglichkeit dazu. Die Naturmacht iſt

in ihm zu einem ſubjektiven Centrum, zur Form der Monade zuſammengeſchloſſen, die ſich als immanente Totalität entwickelt. Seine Beſtimmung iſt daher nicht Selbſtbeſtimmung, ſondern Beſtimmtheit durch die ſubſtantielle Naturnothwendigkeit, die aber ſeine individuelle Nothwendigkeit iſt und alle äuſſere Einflüſſe ihrer eigenen immanenten Zweckmäßigkeit aſſimilirt. Der Wille weiß nicht um dieſe ſeine Nothwendigkeit, ſondern vollbringt ihr Geſetz in naiver Unmittelbarkeit. Erſt mit dem Denken reißt er ſich los und unterſcheidet ſich von der ſubſtantiellen Nothwendigkeit ſeiner Natur. Nun aber iſt klar, daß die im Ich ſich noch bethätigende Naturmacht, ſeine Willkühr und ſeine Vernunft nicht als gleichmäßige Wirkſamkeit eines abſoluten Willens gedacht werden können. In den Naturtrieben vielmehr iſt dieſer nur unmittelbar geſetzt, und erſt, ſofern ſie zur abſoluten Freiheit verklärt werden, tritt er reell in ihnen hervor. Die Willkühr iſt die weſentliche Bedingung der Offenbarung des abſoluten Willens, aber ſie iſt nothwendig nur als Moment im Entwicklungsgeſetze der Freiheit; dagegen in ihr bricht eben die Nothwendigkeit ab, wie denn ja, wenn der Menſch nicht auch anders wollen könnte, der Proceß der Wiedergeburt ein völlig überflüſſiger wäre. Der Gegenſatz zwiſchen der reinen Willkühr und der Forderung der Vernunft aber iſt nur ein Gegenſatz der endlichen Relation, nicht ein Gegenſatz innerhalb des Abſoluten ſelbſt. Der abſolute Wille muß, um zu ſich ſelbſt zu kommen, in dieſen Gegenſatz eingehen. Darum ſenkt er ſich in den endlichen Geiſt als der ſubſtantielle, tiefe Naturgrund des Gemüths. Da er aber ſo nur an ſich, nicht wahrhaft Geiſt iſt, ſo muß er das Ich aus der Naturmacht frei laſſen, muß es auf ſich ſelbſt ſtellen, muß ihm das Recht geben, Negativität gegen ſein eigenes Weſen, reine Möglichkeit, unabhängiges Anfangen aus ſich ſelbſt zu ſein. Denn nur ſo iſt es möglich, daß die abſolute Freiheit zu Stande komme, die ohne dies Mittel-

Digitized by Google

glied vielmehr geiſtloſe Naturnothwendigkeit wäre. Daß aber dies ganz etwas Andres iſt, als die unphiloſophiſche Vorſtellung, daß die endliche Freiheit von der abſoluten geſchaffen ſei, liegt auf der Hand. Ebenſo iſt klar, daß hiernach das Böſe nicht als unmittelbare Wirkung des Abſoluten erſcheint; denn weder der natürliche Wille kann ſündigen, noch kann es die abſolute Freiheit; nur die Willkühr kann es, in welcher der abſolute Wille in ſich gebrochen iſt. Die Sünde iſt alſo nur Selbſtbeſtimmung des endlichen Willens, obgleich die Möglichkeit derſelben ein Moment im Entwicklungsgeſetze des abſoluten Willens iſt. Das Böſe iſt die Bedingung der Realität des Guten; dies iſt ſeine metaphyſiſche Nothwendigkeit. Vermöge dieſer liegt es als ſubſtantielle Naturmacht im natürlichen Willen, wie das Gute; wie im Gemüthe der Trieb unendlicher Liebe liegt, ſo auch der ſelbſtſüchtige Durſt, in blinder Wolluſt das Ich an jede mögliche Gewalt des Triebs hinwegzuwerfen, — das radikale Böſe. Aber Realität wird das Böſe erſt als freie That des Ichs, das denkend ſich ſelbſt von ſeiner Naturnothwendigkeit unterſchieden hat und als die reine Möglichkeit zwiſchen Trieb und Vernunft ſteht. Das wirkliche Vermögen des Guten und Böſen iſt erſt die Willkühr.

Anm. — Dieſes Verhältniß der Willkühr zur abſoluten Freiheit verkannt zu haben, iſt der Fehler der ſonſt mit vielem Scharfſinn verfaßten Schrift von Stelzer über den Willen. Vgl. N. Archiv. III. S. 339—345.

§. 55.

Was nun dagegen die objektive Seite des Determinismus in dieſer Sphäre betrifft, ſo geht dieſer von der natürlich ſcheinenden Vorausſetzung aus, daß entweder alles Einzelne, was in der Welt geſchieht, von Gott voraus beſtimmt gedacht werden müſſe, oder gar Nichts. Hiedurch kommt er jedoch noch mehr, als der ſubjektive Determinismus, mit der ſittlichen Würde der Weltregierung in's Gedränge. Denn er muß nicht

nur das moraliſch Böſe, ſondern auch die objektiv verbreitete Unſittlichkeit ganzer Zeiträume und Nationen direkt auf den abſoluten Willen zurückführen; andrerſeits muß er die menſchliche Freiheit noch viel entſchiedener negiren, da er auch die Geſammtheit ihrer Umgebungen, wovon ſie ſollicitirt und bedingt iſt, zur unmittelbaren Wirkung einer abſoluten Kauſalität macht. In der That ſcheint nun auch dieſe Weiſe des Determinismus darin bedeutenden Vorſchub zu erhalten, daß ohne Zweifel die menſchliche Freiheit von objektiven Mächten abhängig, daß ſie durch die ganze ſie umgebende ſittliche Weltordnung und dieſe wieder durch den objektiven Entwicklungsgang der Menſchheit im Ganzen tauſendfach bedingt iſt. Dieſe ſittliche Weltordnung, die im Daſein ausgeprägte Allgemeinheit des Willens iſt es ja eben, welche der ſubjektiven Freiheit erſt ihren konkreten Inhalt giebt, indem ſie den Gehalt der ſittlichen Idee in der objektiven Sphäre als organiſche Gliederung geſtaltet darſtellt. Die beiden Momente des Willens, die Allgemeinheit und die Beſonderheit, ſtehen daher hier in einem viel innigeren Verhältniß, als in der rein moraliſchen Sphäre. Sie bilden nur einen Unterſchied, aber keinen Gegenſatz. Denn einerſeits iſt hier die Allgemeinheit nicht mehr als reines Weſen, ſondern als bewegendes Princip der Erſcheinung geſetzt; andrerſeits kann die Geſammtheit der beſonderen Willen hier nicht mehr als Gegenſatz der Allgemeinheit gedacht werden, fällt vielmehr mit dieſer zuſammen, nur daß die ſittliche Idee nach beiden Seiten eine verſchiedene Formbeſtimmtheit hat. Unzweifelhaft zeigt nun aber die Erfahrung die Einheit der ſittlichen Weltordnung mannigfach zerriſſen, und zwar nicht bloß ſo, daß die Verkehrung etwa nur auf der ſubjektiven Seite geſetzt wäre, ſondern ſo, daß auch der objektive Wille ſelbſt, der ja nur in der ſich ergänzenden Totalität der ſubjektiven Willen Realität hat, dem Geſetz der Endlichkeit verfällt. Auch da jedoch, wo die objektive Ordnung

Digitized by Google

der Idee der Sittlichkeit entspricht, findet sich die subjektive Unsittlichkeit keineswegs bloß unter der reinen Form des willkührlich Bösen vor, sondern einerseits zeigen sich oft ganze Klassen von Individuen als ausserhalb des sittlichen Gesammtlebens stehend aus Gründen, die nicht durch ihre Willkühr gesetzt sind, andrerseits wird oft die Unsittlichkeit nicht nur bei Einzelnen, sondern in weiteren Kreisen zur Gewohnheit und zweiten Natur, und pflanzt sich so als traditionelles Element wieder an die Einzelnen fort, die sonach ohne eigentliche Selbstbestimmung als Angesteckte und schuldlos Verführte erscheinen. Der Determinismus hält sich nun eben daran, daß in der endlichen Erscheinung das Allgemeine und das Besondre unzertrennlich zusammenhängen, und, indem er nun Gott zur absoluten Kausalität macht, opfert er die menschliche Freiheit gänzlich auf.

§. 56.

Allein dieser Determinismus, dessen Zweck ist, den göttlichen Willen zu Allem in Allem zu machen, kommt vielmehr folgerichtig dazu, diesen göttlichen Willen als solchen geradezu aufzuheben. Denn indem Alles und Jedes bestimmt seyn soll, so giebt es keinen Unterschied von Freiheit und Nothwendigkeit mehr; dieser Unterschied wäre bloßer Schein in der menschlichen Meinung, deren Selbsttäuschung überdies selbst wieder als nothwendig betrachtet werden müßte. Der göttliche Wille selbst hört auf, Selbstbestimmung und Freiheit zu seyn, und wird zur reinen Nothwendigkeit, zum Fatum. Man muß dann nicht allein alle Thaten, worin die Idee des Guten sich verwirklicht, unmittelbar auf die absolute Kausalität zurückführen, sondern muß dieser auch alle Naturbestimmtheit, unter welcher der Einzelne steht, unmittelbar als Wirkung aufbürden, auch diejenige, die nach gewöhnlicher Ansicht durch die Willkühr vermittelt ist, wie die Erziehung; konsequenterweise muß dies aber mit allen menschlichen Willensakten überhaupt geschehen, und

es muß daher nicht nur die Unsittlichkeit des Individuums, sondern auch die allgemeine Unsittlichkeit ganzer Nationen, Zeiträume, Kulturstufen auf dieselbe Weise abgeleitet, d. h. die Prädestinationslehre auf die Erwählung und Verwerfung ganzer Völker ausgedehnt werden. Dagegen ist aber die Hypothese, daß die Mängel des Diesseits im Jenseits werden verbessert werden, eine ebenso schlechte Aushilfe, als die inkonsequente Einmischung pelagianischer Vorstellungen, insbesondre der Ansicht, daß Präscienz und Prädestination auseinander zu halten seien. Letztere Vorstellung ist hier nämlich doppelt ungereimt, da Gott, um vorher zu wissen, unter welchen Bedingungen die freien Handlungen eines bestimmten Individuums ihr entsprechendes objektives Medium finden werden, nothwendig auch dieses objektive Medium und eben damit die Bedingungen vorherwissen muß, unter welchen die Freiheit der andern wieder von der Freiheit des erstgedachten Individuums auf die entsprechende Weise werde bestimmt werden. Aus diesem Cirkel kommt man aber nicht heraus, wenn man nicht entweder die Kausalität Gottes ganz fallen läßt oder aber die unbefugte Trennung von Präscienz und Prädestination aufgiebt.

§. 57.

Auch auf diesem Boden ist daher dem Determinismus die gerade entgegengesetzte Ansicht entgegengetreten, welche der menschlichen Freiheit eine selbständige Entwicklung zugesteht und nur eine höhere Leitung derselben mittelst göttlicher Gesetze und einer im göttlichen Vorherwissen liegenden prästabilirten Harmonie der endlichen Erscheinungen annimmt. Allein die hier zu Grunde liegende Vorstellung der Präscienz ist eine völlig gedankenlose, da sie ein Vorherwissen des Zeitlichen und Zufälligen und doch zugleich absolut unveränderlich sein soll. Man giebt zu, daß in Beziehung auf die Natur Wollen und Wissen Gottes nicht unterschieden seien, weil man annimmt, daß in der Natur eben nur die Kausalität Gottes unbedingt

Digitized by Google

ſich bethätige. In Beziehung auf die geiſtige Welt glaubt man aber, eine von der göttlichen Kauſalität verſchiedene Kauſalität annehmen zu müſſen, um die menſchliche Freiheit zu retten, und behauptet daher, daß dieſe von Gott nicht gewollt, ſondern nur gewußt, das göttliche Wiſſen daher hier durch die menſchliche Freiheit beſtimmt werde. Dieſe Abhängigkeit ſoll aber durch die Annahme wieder aufgehoben werden, daß Gott das Zeitliche zwar allerdings in ſeiner zeitlichen Beſtimmtheit, zugleich aber in ewiger Gegenwart wiſſe. Allein es iſt klar, daß dieſe beiden Vorſtellungen ſich geradezu aufheben. Entweder muß man daher annehmen, daß das menſchliche Handeln durch die göttliche Präſcienz beſtimmt werde, d. h. man muß die menſchliche Freiheit aufgeben; oder man muß ſagen, daß die göttliche Präſcienz durch die menſchliche Freiheit beſtimmt werde, d. h. man muß den Gedanken der göttlichen Weltregierung aufgeben. Will man aber letzteres nicht, ſo muß man ſich der Prädeſtinationslehre ergeben, da ein göttliches Wiſſen, das nicht zugleich Wollen wäre, undenkbar, ſohin auch die Vorſtellung, daß Gott das Böſe zwar wiſſe, aber nicht wolle, eine widerſinnige iſt. Behauptet man aber insbeſondere eine durch das göttliche Vorherwiſſen geordnete präſtabilirte Harmonie der freien Willensakte der Menſchen, ſo ſteht hier das im vorigen Paragraphen a. E. Geſagte entgegen, daß einmal die Freiheit eines Individuums eine beſtimmte erſt wird durch das Medium ihrer objektiven Erſcheinung, mithin nicht geſagt werden kann, Gott habe dieſes Individuum gerade in dieſes Medium geſetzt, weil er gewußt habe, daß die Freiheit deſſelben gerade auf dieſe beſtimmte Weiſe ſich bethätigen werde, — und zweitens, daß das objektive Medium der Erſcheinung für das eine Individuum eben erſt durch die Bethätigung der Freiheit der Andern entſteht, mithin, wenn man alle Individuen zugleich denkt, das ganze Verhältniß als ſolches zuſammenfällt und die Behauptung in einen Cirkel ausläuft. — Um vieles

Digitized by Google

vernünftiger ist schon die Ansicht, welche die Weltregierung auf organisirende, die menschliche Freiheit voraussetzende, göttliche Gesetze zurückführt, d. h., eben wie für die moralische, so auch für die objektive Freiheit ein ewiges Gesetz der Erscheinung annimmt, das in der Bethätigung der endlichen Freiheit, ohne diese aufzuheben, als ordnendes und erhaltendes Princip fortwirke. Nur freilich erklärt diese Ansicht gerade die Hauptsache nicht, wie nämlich jene Gesetze selbst bestehen.

§. 58.

Die Wahrheit liegt denn auch hier nur in der spekulativen Ansicht. — Diese begreift die konkrete Idee der Sittlichkeit als den substantiellen Gehalt des Geistes selbst, wie er sich in ewigem Vermittlungsproceß mit der freien Form der Subjektivität zur organischen Gliederung des geistigen Universums entfaltet. Allerdings erkennt sie also an der Freiheit eine Seite der Nothwendigkeit an, nicht nur sofern der Geist an der Natur, aus welcher er zum Selbstbewußtsein erwacht, seine Substanz hat, sondern auch so, daß er an sich selbst seine zweite geistige Natur hat, in deren freier Verklärung er erst seine absolute Bestimmung erfüllt. Diese Substanz ist für den einzelnen Geist zunächst seine eigene Individualität, in weiterem Kreise die Nationalität, worin er geboren ist, in letzter Instanz der Geist der reinen Menschheit überhaupt, der in den Formen der Kunst, der Religion und der Wissenschaft sein ideelles Leben und seine reale Entwicklung in der Weltgeschichte hat. Das ewige Recht des Determinismus ist es nun, diese Gesammtentwicklung des geistigen Universums als Eine in sich beschlossene Totalität anzusehen; aber sein unspekulatives Wesen hindert ihn, diese Totalität in ihrer Wahrheit, nämlich als organisches, durch die Freiheit vermitteltes System zu begreifen. Er bleibt bei den unreifen Kategorieen der Substantialität und Kausalität stehen und travestirt damit den absoluten Geist, der in der Weltgeschichte — ebenso frei als wie nothwendig —

Digitized by Google

als in dem Weltgedichte lebt, zum blinden Fatum, wenn er nicht etwa in bequemer Gedankenlosigkeit seine eigene Konsequenz durch Hypothesen aufhebt, die weder eine wirkliche Rettung der menschlichen Freiheit, noch eine haltbare Vorstellung einer speciellen Vorsehung begründen. Er muß insbesondere auch die objektive Unsittlichkeit direkt auf den absoluten Willen zurückführen, sei es nun, daß er die empirisch gegebene Gesammtsumme des Bösen für das Normale, oder für das Abnorme ausgebe. Das Wahre ist aber eben, daß der nothwendige Zusammenhang der Weltgeschichte zugleich als ein organischer, durch die Vermittlung der Freiheit sich von Stufe zu Stufe verwirklichender Proceß des absoluten Geistes begriffen wird, daß die Betrachtung nicht in den dunkeln Grund der Substanz hinuntertaumelt, sondern im Lichte des substantiellen Geistes oben bleibt. Das ewige Recht des Indeterminismus ist es daher andrerseits, daß er die Freiheit des erscheinenden Geistes zu halten bedacht ist. Nur sind es wieder gedankenlose Reflexionsbestimmungen, wenn zu diesem Behufe der weltordnende Geist mit der Präscienz abgespeist, oder zum bloßen Dirigenten eines relativ selbständigen Mechanismus herabgewürdigt wird, und noch schlimmer, wenn etwa gar auf der einen Seite eine gesetzmäßige Weltregierung und daneben wieder ein willkührliches Hereingreifen einer transcendenten Persönlichkeit statuirt wird. Der richtigen Ansicht näher steht dann allerdings die am Ende des vorigen Paragraphen angeführte Vorstellung, die aber freilich nur eine Seite des Verhältnisses erklärt, die Totalität desselben dagegen unbegriffen stehen läßt.

§. 59.

Zu ihrer Grundlage hat also die wirkliche Idee der Freiheit allerdings die substantielle Nothwendigkeit; aber wirklich wird sie erst dadurch, daß die beiden Seiten des Willens in Differenz treten, daß die Willkühr, einerseits als nothwendiges Moment

Digitized by Google

des ganzen Entwicklungsgesetzes, andrerseits als die freie Negativität des Geistes gegen sein Wesen, mit der wesenhaften Nothwendigkeit sich zur höheren Einheit vermittelt. Die substantielle Nothwendigkeit ist aber in dieser Sphäre nicht bloß als dem Einzelnen gegenüberstehendes System des objektiven Willens vorhanden, sondern sie ist es zugleich als substantielle Natur des Einzelnen selbst, als bestimmtes Maß von Anlagen innerhalb bestimmter engerer und weiterer Kreise, kurz als individuelle Partikularisirung des allgemeinen Ichs, des ewig Einen Geistes. Eben durch die subjektive Freiheit dieser Individuen wird nun die Substanz des Willens zur organischen sittlichen Welt entfaltet, was voraussetzt, daß das einzelne Individuum denkend über seine substantielle Natur sich erhebe und sich gegen dieselbe als frei erhalte. Während nun aber in der moralischen Sphäre der substantielle Wille nur als Sollen an den menschlichen Willen herankommt und hiemit die Willkühr in der Tendenz zum Bösen ungehemmt erscheint, so zeigt sich nun hier auf dem objektiv sittlichen Gebiete, daß der etwa auf jenem noch scheinbar gerechtfertigte Dualismus des Guten und Bösen in der That keine Wahrheit hat. Denn eben, weil die sittliche Substanz erst durch ihre freie Produktion aus den Subjekten zum Geist verklärt zu werden bestimmt ist, so ist sie dem Individuum vorausgesetzt; dieses findet sie bereits als eine geistige Natur in sich und um sich vor und erhält eben an diesem Vorgefundenen den Inhalt für seine freie Bethätigung. Eben damit ist aber der zum Bösen tendirenden Willkühr auf objektive Weise Maß und Ziel gesetzt, sofern nicht allein die sittliche Substanz als Natur der Individuen, als sie unbewußt tragende Sitte sich selbst auch ohne den direkten Willen der Individuen producirt, sondern auch die wirklich zum Bösen hervorbrechende Willkühr der Einzelnen an der zum Guten strebenden Willkühr der Andern und an dem Gesammtgeiste ihre Schranke findet, ja die sittliche Weltordnung

ſogar mittelſt der unlautern Beſtrebungen, die ihrer bedürfen, ſich ſelbſt in Zeiten allgemeinerer Entartung als die ſubſtantielle Möglichkeit des Beſſeren erhält. Auch die objektiv hervortretende Unſittlichkeit iſt daher ebenſo, wie das moraliſch Böſe, nothwendig, durch das Geſetz der Erſcheinung geſetzt; ja ſie iſt es keineswegs bloß auf Seiten der Beſonderheit des Willens, ſondern auch auf Seiten der Allgemeinheit. Denn auch dieſe hat die endliche Erſcheinung zu ihrem Medium und ſomit die menſchliche Willkühr zur Bedingung ihrer Vermittlung. Damit iſt aber keineswegs die vollendete Geſtalt der objektiven Freiheit etwa für einen bloßen Traum der ſubjektiven Meinung ausgegeben, wenn gleich ſie in der endlichen Erſcheinung und ihrer Zufälligkeit niemals in ihrer vollen Reinheit anzuſchauen iſt. Gleichwohl iſt ſie darin für den denkenden Geiſt als das ewige Reſultat des zeitlichen Vermittlungsproceſſes, als die Wahrheit der Weltgeſchichte vorhanden, die denn auch bei allen epochemachenden Kriſen als Silberblick hervortritt. Wie aber die ſittliche Subſtanz ſich in dem Leben des Individuums bis auf einen gewiſſen Grad in ſtiller innerer Nothwendigkeit vollbringt, ſo freilich tritt nun auch die Unſittlichkeit den Einzelnen als objektive Macht durch Beiſpiel und Verführung wie eine Krankheit an. Gleichwohl aber wird hiemit das Individuum dem Schuldbegriff und der Verantwortlichkeit nicht entrückt. Denn es iſt ſeiner Natur nach reine Freiheit, und die Willkühr iſt das Vermögen des Guten, wie des Böſen; hat aber das Subjekt das Recht der inneren Unendlichkeit der Selbſtbeſtimmung, ſo kann es auch nicht verführt werden, es hätte ſich denn ſelbſt verführen laſſen. Die menſchliche Freiheit erſcheint ſomit keineswegs als ein Abſolutes und Vorausſetzungsloſes, aber ebenſo wenig als ein durchaus Bedingtes; letzteres nicht einmal in Beziehung auf ihre Naturbeſtimmtheit, die ja ſelbſt wieder vielfältig durch die Willkühr vermittelt iſt. Eben das Geſetz der Erſcheinung bringt es nun allerdings

mit ſich, daß ganze Reihen von Individuen, ja von größeren Kompleren derſelben gegen andre zurückgeſetzt erſcheinen. Darin iſt aber nicht etwa eine prädeſtinirte Verwerfung, ein despotiſches Spiel mit der Individualität als bloßer Accidenz der ſittlichen Subſtanz zu erblicken; vielmehr muß jedes Individuum an ſich als Organ des abſoluten Geiſtes angeſehen und der Grund der Nichtrealiſirung dieſes Anſich nur in dem Geſetze der Erſcheinung geſucht werden, welches die nothwendige Bedingung der Verwirklichung der ſittlichen Idee iſt und eben deshalb deren Reinheit keinen Abbruch thut. Dies iſt um ſo wichtiger, als es in der That ſtets die große Maſſe war und ſein wird, welche ſich gegen die höchſten Intereſſen ihrer Zeit und aller Zeiten gleichgiltig verhält, und als die Zahl der Vorkämpfer des freien Geiſtes unter den Völkern ebenſo, wie unter den Individuen der einzelnen Völker, ſehr die Minderzahl darſtellt. Mit Recht iſt bemerkt worden, daß die Idee der Freiheit eben hierin ihre Erhabenheit über ihre endlichen Schranken zeigt, ſoferne ſie ſich zunächſt mit ſoviel Organen begnügt, als ihr zum Daſein nothwendig ſind, und erſt von dem ſicheren Boden ihrer Errungenſchaft aus den Verſuch macht, die übrigen todten Maſſen zum höheren Leben zu erwecken. Zur allſeitigen Entwicklung der ſittlichen Subſtanz iſt gerade eine ſolche verſchiedene Naturbeſtimmtheit der einzelnen Individuen und Nationen nothwendig, und dieſe Verſchiedenheit iſt als eine Ungerechtigkeit deshalb nicht zu verſchreien, weil auch die minderbegünſtigten Individuen und Völker den allgemeinen Geiſt nicht auſſer ſich, ſondern als heiligen Glauben in ſich tragen und weil ihre Freiheit wenigſtens dem niedern Standpunkt, den ſie ohne ihre Schuld einnehmen, entſprechen ſoll und kann, mit jeder Stufe aber auch ein beſtimmtes Maß von Befriedigung gegeben iſt. Zwar ſetzt die Möglichkeit des ſtetigen Fortſchritts voraus, daß auf der niedrigeren Stufe das Wiſſen um die reichere Fülle der höheren

entſtehen muß. Aber eben mit dieſem Fortſchritt der Bildung iſt auch die Möglichkeit der Verwirklichung der höheren Stufe gegeben. Indem das Individuum oder Volk ſich dieſer bewußt wird, ſo iſt es auch wirklich auf die höhere Stufe vorgerückt, und es iſt ſeine Schuld, wenn es mit ſeiner freien That unter ſeinem Wiſſen bleibt. Fühlt es aber kein ſolches Mißverhältniß ſeines Daſeins zu einem höheren Ideale, ſo genügt ihm an dem Maß der Befriedigung, das die geringere Stufe enthält, und ſein Unglück iſt nur das negative, von dem Bewußtſein reicherer Lebensfülle gar nicht berührt worden zu ſeyn. Ueberdies aber bleibt auch den durch ihre Naturbeſtimmtheit nicht begünſtigten Individuen nicht allein ein reiches Maß der Bethätigung ihrer Freiheit in allen denjenigen Lebensſphären, die der Zug des Weltgeiſts nicht berührt, ſondern indem ſie ſich auch nur ihre eigne ſubſtantielle Beſtimmtheit, die ja ein integrirendes Moment im ſubſtantiellen Geſammtleben iſt, zum Bewußtſein bringen und zum Inhalt ihrer freien Produktion machen, ſo haben ſie ſelbſt ſchon den Anfang zur Freiheit im allgemeinen Geiſte, wenn ſie auch von der höchſten Seligkeit, produktive Organe ſeiner höheren Entwicklung zu werden, ausgeſchloſſen bleiben. Was ſie aber ſelbſt nicht zu produciren vermögen, das ſind ſie von den bevorzugten Individuen zu empfangen berufen. Was dagegen die produktiven Organe des abſoluten Geiſtes betrifft, ſo ſcheint deren Thun gerade am wenigſten von Freiheit an ſich zu haben. Sie erſcheinen als göttliche Geſandte, die nur eine höhere Miſſion erfüllen, und zwar hat die Nothwendigkeit bei ihnen die doppelte Bedeutung, daß nicht allein das Werk, das ſie produciren, als integrirendes Moment im Entwicklungsgang des abſoluten Geiſtes, mithin gerade an dieſe beſtimmte Stelle gebunden, ſondern auch ſie ſelbſt als zu dieſer Produktion vom abſoluten Geiſt präformirte Individualitäten erſcheinen. Gleichwohl muß behauptet werden, nicht nur daß auch dieſe Produktionen des

absoluten Geistes durch die freie Subjektivität vermittelt sind und seyn müssen, sondern daß überall keine intensivere Freiheit gedacht werden kann, als sie bei diesen Vorkämpfern der Gesammtentwicklung sich finden muß. „Den Akt der Selbstbefreiung von der Autorität, der substantiellen Macht der Andern, haben sie am intensivsten in sich vollzogen und die Kühnheit gehabt, Alles auf den Gedanken zu stellen und einem Skepticismus zu huldigen, der um so unbedingter war, je energischer die Wirkung ihrer That ist, der aber selbst die formellste Freiheit des Ich ist; und nicht nur dies, sondern, nachdem sie die Idee von dem Scheine und Beiwesen, in welchem das Bewußtsein Anderer bei allem substantiellen Inhalte befangen bleibt, durch Abstraktion gereinigt, sind sie so in das Centrum des Absoluten gedrungen nur um mit einer jener Kühnheit gleichkommenden Langmuth und Geduld die im Centrum empfangene Anschauung zum Werke auszuarbeiten, — und das Alles ist nächst dem Gotte ihre Freiheit und selbsteigene That." (Wirth. I. S. 87.) — In dieser Ansicht liegt nun allerdings die direkteste Negation jener Eigenliebe, welche die Individualität für das Höchste hält und für sie eine specielle Vorsehung verlangt. Ebenso die direkteste Negation jener kleinmeisterlichen Betrachtung der Geschichte, welche sich darin gefällt, große Erfolge auf zufällige Umstände zurückzuführen. Ganz im Gegentheil ist einzusehen, einmal, daß die Evolution des absoluten Geists immanente Nothwendigkeit ist, die allerdings nur durch Vermittlung der menschlichen Freiheit zu Stande kommen kann, daß aber zweitens diese Freiheit nicht etwa darin besteht, daß das bestimmte Individuum durch sein Handeln oder Nichthandeln den an und für sich nothwendigen Verlauf hindern könnte, und daß dieser selbst nicht an bestimmte Individuen gebunden, die Existenz der Individualität an sich vielmehr Zufall ist. „Das Ich, dessen Begriff ewige Nothwendigkeit in sich schließt, ist der Geist, welcher ein Moment des

Digitized by Google

absoluten Geistes zu seiner innersten Persönlichkeit erhebt und als diese bethätigt. Dieses Ich setzt sich selbst mit freier Nothwendigkeit, gleichgiltig, ob als diese oder jene empirische Individualität. Ihre Erhabenheit aber über das Einzelne und Freiheit gegen dieses zeigt die allgemeine Substanz überall darin, daß sie jenes aus ihrem Grunde in einem gewissen Ueberflusse hervorgehen läßt. Nicht nur Individualitäten überhaupt, sondern auch hochbegabte quellen aus dem Schooße des Göttlichen zu allen Zeiten in unbestimmbarer Emanation, und selbst manches Talent, das, in einem adäquateren Elemente aufgewachsen, Herrliches hätte schaffen können, geht nun in stiller Einfachheit unbemerkt zu Grunde." (Wirth. I. S. 88, 89.) — Wenn nun hiemit allerdings nur die wesentliche, nicht die empirische Individualität als das Organ der Evolution des absoluten Geistes erscheint, so liegt doch darin weder (wie schon gezeigt ist) eine Ungerechtigkeit gegen die empirische Individualität, noch ist diese, obgleich ihre Existenz an sich die Zufälligkeit einschließt, zur bloßen Accidentalität herabgesetzt. Letzteres ist nur eine Konsequenz des pantheistischen Determinismus, während die umgekehrte Ansicht, daß jede Individualität mit dem ganzen Regreß ihrer Bedingungen von Ewigkeit her nothwendig bestimmt sei, dem religiösen eignet. Das Substantialitäts- und Kausalitätsverhältniß gehört aber überhaupt dieser Sphäre nicht mehr an. Nur in der Natur geht das Einzelne in der Gattung unter, ruht befriedigt in seiner Natur und bleibt eben damit ein Gesetztes, Accidentelles. Mit der menschlichen Individualität aber, wo sie nur überhaupt aus dem Kreise der Naturbestimmtheit hervortritt, stellt sich sogleich der Proceß der Negativität gegen die Substanz ein; das Gesetzte hebt sich als bloß Gesetztes auf und setzt sich selbst; obgleich es daher Zufall ist, daß gerade so viel Individuen und diese bestimmten empirisch existiren, so ist doch nicht auf zufällige, sondern nothwendige Weise in ihnen allen die sittliche

Digitized by Google

Subſtanz als reale Möglichkeit der Erhebung in den abſoluten Geiſt, und zugleich die Freiheit als das Vermögen, dieſe Möglichkeit zur Wirklichkeit zu erheben, geſetzt. Ihre eigene Sache iſt es alſo, ſich aus dem Zuſtande der bloßen Accidentalität zur freien Energie des Abſoluten hinaufzuringen, je nach dem Maße der natürlichen Anlage. Man wird allerdings annehmen müſſen, daß die endliche Entwicklung erſt dann ertenſiv, wie intenſiv, vollendet ſeyn werde, wenn das ſittliche Leben nicht nur qualitative, ſondern auch quantitative Allgemeinheit iſt, wie denn auch die Weltgeſchichte der offenbare Schritt zu dieſem Ziele iſt. Gleichwohl iſt es aber eine irrige Vorſtellung, wenn die empiriſche Univerſalität mit der geiſtigen verwechſelt und die letztere, ſtatt in ihrem ewigen Seyn begriffen zu werden, als Ideal in die Zukunft hinausgerückt wird. In der That iſt auch die durch das Geſetz der Erſcheinung beſtimmte Oekonomie des abſoluten Geiſtes, wornach die Gaben verſchieden ausgetheilt ſind und mancher ſittliche Keim mit oder ohne Schuld unentwickelt bleibt, nur der egoiſtiſchen Individualität erſchreckend, die wo möglich einen Gott für ſich allein haben möchte und nur dann befriedigt iſt, wenn ſie ſich in ihrer ganzen empiriſchen Beſtimmtheit als von ewig her geſetzt betrachten darf, während dagegen der Individualität, die nicht ſich ſelbſt über Alles, ſondern nur ſich im Ganzen liebt, eine derartige Prätenſion als ebenſo ihrer ſelbſt, wie des abſoluten Geiſtes unwürdig vorkommen muß, — ihrer ſelbſt, weil ſie, um Geiſt zu ſeyn, frei ſeyn muß, dies aber nicht ſeyn könnte, wenn ſie mit Haut und Haar prädeſtinirt wäre; des obſoluten Geiſtes aber, weil deſſen Freiheit und Erhabenheit über die endliche Schranke eben darin beſteht, nicht an die beſtimmten Individuen gebunden zu ſeyn, was eine mechaniſche Nothwendigkeit wäre, ſondern ſein an und für ſich nothwendiges Werk als freie Schöpfung durch frei aus der Nothwendigkeit entlaſſene und frei in ſie zurückkehrende Kräfte zu vollbringen.

Dabei kann dann freilich das Absolute weder als abstrakte Substanz, noch als ein Abstraktum andrer Art, sondern es muß als lebendige Totalität der in ihm sich frei bewegenden Individuen aufgefaßt werden. Damit ist aber so wenig der Indeterminismus zugegeben, daß es vielmehr eher nöthig scheint, den Schein des Determinismus von der spekulativen Ansicht zu entfernen. Denn die menschliche Freiheit und die dadurch bedingte Zufälligkeit ist ja wesentlich nur als Moment in der an und für sich nothwendigen Bewegung gesetzt, die formelle Freiheit ist so wenig zum schöpferischen Principe gemacht, daß ihr vielmehr die Allmacht der Vernunft ebenso zum substantiellen Grunde, wie zum allein positiven Resultat gegeben ist, von einer absoluten Zufälligkeit des menschlichen Handelns also am wenigsten die Rede seyn kann. Gleichwohl ist aber auch die spekulative Ansicht nicht deterministisch, da sie mit der einfachen Frömmigkeit zwar allerdings die Anschauung der Immanenz des Absoluten im Endlichen, aber keineswegs mit den deterministischen Systemen die Vorstellung von der unmittelbaren Einheit des Wesens und der Erscheinung, damit der Aufhebung der menschlichen Selbstbestimmung, der Prädestination, der Ergebung in das Abhängigkeitsbewußtsein (das christliche, spinozistische oder materialistische), folgerichtig auch der bloß mechanischen Einheit der Weltregierung (so sehr man auch die Freiheit postuliren mag) theilt, vielmehr wiederum in Uebereinstimmung mit der einfachen Frömmigkeit jene Immanenz nur als lebendigen Proceß auffaßt, dessen gedankenmäßige Entwicklung die formelle Freiheit nicht ausschließt, sondern als wesentliches Moment auch in der absoluten Freiheit zu erkennen giebt. —

§. 60.

Indem aber die spekulative Ansicht die Vernunft als die substantielle Macht alles Einzelnen ausspricht, die daher auch aller formellen Selbstbestimmung vorhergeht und alle aus dieser

hervorgehende, dem Weltzweck widerſprechende Reſultate an dem innern Widerſpruch, der daraus hervorbricht, zu Grunde richtet, ſo ſtellt ſie, wie ſchon angedeutet, auch in der objektiven Sphäre das richtige Verhältniß zwiſchen dem Guten und Böſen her. Sie zeigt nämlich, daß das Böſe zwar nicht als reine Negation und Privation, daß es aber auch nicht als abſolut ſelbſtſtändiges, ſich immanent entwickelndes Princip zu denken ſei, eben weil es in ſich einen unaufgelösten Widerſpruch bildet, der zwar aus dem Weſen des Willens ſich erzeugen muß, aber nur um durch ſeine immanente Wiederaufhebung die abſolute Selbſtſtändigkeit des Guten zu offenbaren. Es kann dieſer Widerſpruch in der objektiven Sphäre immer nur ein partieller bleiben, da er ſich nicht nur ſubjektiv auf der Grundlage der natürlich ſittlichen Gewohnheit, ſondern auch objektiv nur auf dem Boden der ſittlichen Gemeinſchaft und ihrer Inſtitutionen bewegt, eben deshalb aber nie zur für ſich ſeienden Allgemeinheit ſich fixiren kann, ſondern ſtets durch die Geſammtthätigkeit, die den allgemeinen Geiſt erzeugt, in dieſen wiederaufgehoben wird. In der That zeigt auch die Erfahrung, daß ſelbſt Perioden allgemeiner Anarchie und Zertrümmerung der beſtehenden ſittlichen Ordnung nur als Durchgangsmomente in der Geſchichte auftreten, und daß die partikulariſirende Selbſtſucht ſchon durch ihren eigenen Vortheil zur Reorganiſation der ſittlichen Gemeinſchaft zurückgetrieben wird. Ja das Unſittliche ſetzt eben vermöge ſeiner Natur, welche die abſtrakte Diskretion iſt, ſich nicht nur das Gute, ſondern auch ſich ſelbſt als Schranke entgegen. Die eine Form deſſelben ſchließt die andere aus, im Einzelleben, wie im Geſammtleben. Eben deshalb aber kann es keinen Organismus des Böſen oder des Unſittlichen geben. Wo es vielmehr in der objektiven Sphäre auftritt, kommt ihm nur die Kollektivallgemeinheit, nicht die wahre zu, während es vielmehr ſelbſt von den ſubſtantiellen Lebensmächten getragen wird. Auch

hier zeigt wieder die geſchichtliche Erfahrung die Wahrheit der ſpekulativen Anſicht, ſofern ſie nirgends eine immanente Fortentwicklung des Böſen erblicken läßt, wie ſie dem Sittlichen zukommt. Niemals hat das Böſe in der Welt zur allgemeinen Herrſchaft durchzudringen vermocht; aber auch nicht einmal eine ſtetige Fortbildung deſſelben läßt ſich nachweiſen, wenn es gleich nie verſchwunden, wenn gleich eine Form deſſelben ſtets durch eine andere abgelöst worden und die Wahrheit nicht abzuläugnen iſt, daß auch das Böſe als traditionelle Ueberlieferung wirkt. Denn es kommt hier nicht auf die Verhältniſſe der Quantität und des Umfangs, ſondern weſentlich auf das der Intenſität an; hält man aber dieſes feſt, ſo muß man zugeben, daß die intenſive Macht des Böſen gegenüber der Macht der Sittlichkeit in ſtetigem Abnehmen begriffen iſt, oder man muß alle Gedanken über Perfektibilität des Menſchengeſchlechts aufgeben. Iſt aber aufgewieſen, daß die Unſittlichkeit ſelbſt keine objektiv-allgemeine Macht iſt, ſo liegt eben darin auch das Umgekehrte, daß das Sittliche ſelbſt eine ſolche ſei, und in deren organiſchen Proceß das Böſe nur als Moment eintrete. Damit iſt aber nicht etwa die Meinung derjenigen gebilligt, welche behaupten, daß Sünden und Laſter aller Art an und für ſich ſelbſt als organiſche Glieder der ſittlichen Ordnung in poſitiver Weiſe nothwendig ſeien. Im Gegentheil können dieſelben nie als Zweck, ſondern nur als Mittel zugegeben werden, und zwar als Mittel, die nur durch ihre eigene Negation den Zweck hervorbringen. Sie müſſen alſo als in ſich unvernünftig und verwerflich feſtgehalten werden, wenn gleich zugegeben iſt, daß die völlige Abſtraktion von aller paktikulariſirenden Thätigkeit der Selbſtſucht unmöglich iſt, wenn nicht die lebendige Vermittlung der Sittlichkeit, welche eben auf dem Widerſpruch zwiſchen der kontinuirlichen Allgemeinheit und der Diskretion der Beſonderheit beruht und nur durch den ſteten Kampf zwiſchen beiden zur völligen Ueberwindung

Digitized by Google

und Verklärung der Natur, zur konkreten Durchbildung des intellektuellen Willens führen kann, geradezu aufgehoben werden soll. Das Unsittliche existirt eben nur als der stets in sich selbst sich wieder auflösende Widerspruch. Wenn gleich daher auch dem Bösen in der subjektiven, wie in der objektiven Sphäre eine Fortpflanzung und Weiterwirkung zukommt, so ist diese doch eben nur als fortgesetzter Widerspruch zu begreifen, d. h. mit der fortwirkenden partiellen Zersetzung sittlicher Elemente ist von selbst auch die Wiederherstellung derselben mittelst der Selbstvernichtung der Folgen des Bösen gegeben. In der Natur des Bösen als eines inneren Widerspruchs am Willen liegt die Nothwendigkeit für dasselbe, diesen Konflikt als einen unerträglichen zu empfinden und aus der Negation zur sittlichen Position zurückzustreben. Ist die sittliche Substantialität mit dem Wesen des Menschen identisch, so kann auch die Seligkeit nur im Gefühle der Existenz dieser Identität liegen, während das entgegengesetzte Bewußtsein das Gefühl der innern Unseligkeit in den mannigfachsten Formen und Stufen hervorbringen muß. Aber die Manifestation der inneren Negativität des Bösen tritt nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv auf, theils in den sogenannten natürlichen Strafen des Bösen, theils in der ausdrücklichen Reaktion der sittlichen Weltordnung gegen dasselbe. Und ebenso ist mit dem energischen Bewußtsein seiner Negativität für das Böse auch die Aufhebung seiner Unseligkeit in den Frieden der versöhnenden Liebe gesetzt. Diese Versöhnung vollbringt sich aber als immanente Verklärung des Endlichen überhaupt in der konkreten Gestaltung der sittlichen Weltordnung als für sich werdende Freiheit der absoluten Substanz.

Digitized by Google

III. Das Gewiſſen.

§. 61.

In der Entwicklung des denkenden Willens zur abſoluten Freiheit hat ſich die Subſtanz des Willens als die Nothwendigkeit erwieſen, zu welcher der im Denken frei und produktiv gewordene Wille ſich endlich von ſelbſt zurückwendet. Das Ende des Proceſſes iſt hiemit die Identität beider Momente des ſubſtantiellen Gefühls auf der einen, der freien Intelligenz auf der andern Seite. Beide bedürfen einander nothwendig; denn jenes muß von dieſer erſt entwickelt und ſich ſelbſt deutlich gemacht werden; die freie Intelligenz aber kann in willkührlicher Oppoſition gegen ihren ſubſtantiellen Grund ſich nicht erhalten, ohne den Geiſt in Widerſpruch mit ſich ſelbſt zu bringen. Beide Momente ſind daher ſchon von Natur dieſer Endbeſtimmung gemäß durch ein Band verknüpft, vermöge deſſen ſie kontinuirlich auf einander bezogen ſind. Dieſe natürliche Kopula iſt das Gewiſſen.

§. 62.

Unter Gewiſſen iſt alſo nicht der ſubſtantielle Grund des freien Geiſtes in ſeiner Unmittelbarkeit zu verſtehen, ſondern vielmehr deſſen in die Empfindung tretende Beziehung auf das Denken und Wollen des freien Geiſtes. Es tritt daher ſelbſt erſt mit der Freiheit ein und entwickelt ſich mit dieſer, hat daher ein Werden und eine Bildungsgeſchichte, wie dieſe, und kommt mit ihr erſt in der Identität der abſoluten Freiheit zu ſeiner vollen Wahrheit. Denn hier erſt iſt die ſittliche Subſtanz in den Geiſt verklärt und der Geiſt mit der von ihm geſchaffenen Welt zurückgegangen in das Centrum der einfachen Empfindung. Auf dem Wege des Entwicklungsproceſſes zu dieſem Ziele aber iſt das Gewiſſen das kontinuirlich den producirenden Willen begleitende Gefühl ſeines ſubſtantiellen Grunds und ſeiner Beziehung auf die freie Produktivität des Willens.

Digitized by Google

Dieſes Gefühl iſt hiemit eine ſtete Vergleichung der freien Thätigkeit mit dem ſubſtantiellen Grunde des Willens, woraus ein Urtheil des Geiſtes über ſich ſelbſt reſultirt, vermöge deſſen der freie Geiſt entweder ſich im Widerſpruch oder in der Einheit mit ſeiner Subſtanz empfindet. Das Gewiſſen iſt ſomit das unmittelbare Vernehmen der ſittlichen Idee im Innerſten des Gemüthes in ihrem Verhältniß zur freien Produktivität.

§. 63.

Aus dieſem Begriff des Gewiſſens ergiebt ſich, daß ihm nicht die ſittliche Produktivität zukommt, welche vielmehr allein der das ſubſtantielle Gefühl entwickelnden und ſich ſelbſt deutlich machenden praktiſchen Intelligenz angehört; wohl aber iſt das Gewiſſen, als das die Produktivität des intellektuellen Willens begleitende Gefühl der Billigung oder Mißbilligung, der ſubjektive Impuls zu immer größerer Reinigung der praktiſchen Intelligenz, womit auch eine immer fortſchreitende Bildung des Gewiſſens ſelbſt Hand in Hand geht. Und nicht nur dies, ſondern auch die Forderung des immer tieferen Inſichgehens des praktiſchen Denkens liegt im Gewiſſen, eine Forderung, die ſich erſt dann erfüllt zeigt, wenn es zur Durchbildung der abſoluten Freiheit und dazu gekommen iſt, daß die Einſicht des ſubſtantiellen Inhalts individuelle Gewißheit, das Reſultat des praktiſchen Denkens Herzensbedürfniß geworden iſt. Ehe es dahin gekommen iſt, bleibt freilich das Gewiſſen als ſubjektives Gefühl eine mangelhafte Form, weil es einestheils als das rein Innerliche gegen die Objektivität des wirklichen Handelns ſich gleichgiltig verhält, anderntheils die Ausbildung ſeines ſubſtantiellen Grundes zu einem konkreten objektiv ſittlichen Inhalt erſt durch die Intelligenz erhalten kann. So wenig man daher ſagen kann, daß das Gewiſſen an ſich nur die abſtrakte Spitze der Subjektivität, daher ſeine Stimme trügeriſch und es vielmehr ſchlechthin dies ſei, auf dem Sprunge zu ſeyn, in's Böſe überzuſchlagen (denn hier wäre der ſub-

Digitized by Google

ſtantielle Grund des Gewiſſens ganz verkannt), eben ſowenig darf man auch das Gewiſſen mit der praktiſchen Intelligenz verwechſeln und in jenem die adäquate Form für den Inhalt der ſittlichen Wahrheit ſuchen, da nur die praktiſche Intelligenz die Möglichkeit enthält, beide Momente in die wahre Einheit zu bringen. Erſt das durchgebildete Gewiſſen fällt mit der praktiſchen Vernunft in Eins zuſammen; an ſich aber iſt das Gewiſſen nur ſubjektives Gefühl und daher mit jenem doppelten Mangel behaftet, der aber allerdings dadurch aufgehoben werden kann, daß der unmittelbare Ausſpruch des Gefühls im Denken objektivirt und gerechtfertigt wird. Daher genügt es denn nun allerdings nicht daran, daß man überhaupt auf die Stimme des Gewiſſens höre, ſondern es iſt weſentlich, daß man ſeinen Ausſpruch ſich denkend zum deutlichen Bewußtſein bringe und ihn hiemit ebenſowohl zum tieferen Eindringen der Intelligenz in die ſittliche Wahrheit, als zu der damit Hand in Hand gehenden relativen Berichtigung des unmittelbaren Selbſtbewußtſeins benütze. Jedenfalls aber liegt hiemit im Gewiſſen das Angeführte, daß es der Jedem von Natur gegebene ſubjektive Sporn zur Ausbildung ſeines ſittlichen Denkens und Wollens und die von keinem zu verläugnende innere Stimme iſt, welche ihm dieſe Ausbildung zu einer perennirenden ſittlichen Aufgabe macht.

§. 64.

Das Gewiſſen beſtimmt ſich hiemit als die Denken und Wollen zuſammenhaltende Einheit. In der Freiheit des Geiſtes liegt ja nämlich die Nothwendigkeit des relativen Fürſichſeins dieſer beiden Momente, eben darin aber auch die Möglichkeit, daß beide ſich trennen und der Wille das Entgegengeſetzte von dem thut, was die Intelligenz als das Subſtantielle erkennt oder erkennen ſollte. Hier tritt nun das Gewiſſen als das unmittelbare Gefühl der ſubſtantiellen Beſtimmung des Ich in die Mitte. In ihm verkündigt ſich die Pflicht,

Digitized by Google

und damit die Forderung an die Intelligenz, dieſe Pflicht ſich zu objektiviren und in den Willen zu legen. Im konkreten Fall des Handelns alſo ebenſo, wie über den allgemeinen ſittlichen Zuſtand des Individuums, giebt das Gewiſſen ſeine Stimme ab und macht dadurch den Menſchen verantwortlich. Denn ſeine Sache iſt es ſofort, das unmittelbar anklingende Gefühl ſeiner ſubſtantiellen Beſtimmung in Gedanken zu überſetzen, ſein Urtheil ſich deutlich zu entwickeln; und ſein Verdienſt, wie ſeine Schuld iſt es, wenn er ſich nun entweder dazu beſtimmt, ſeine ſubſtantielle Beſtimmung zu denken und zu wollen, oder aber im Widerſpruch mit jenem Urtheile ſeines ſubſtantiellen Selbſtbewußtſeins zu beharren. Nur freilich iſt auch hier das Gewiſſen an ſich noch nicht die vollendete Form der ſittlichen Wahrheit, was vielmehr nur der zur abſoluten Freiheit durchgebildeten praktiſchen Intelligenz zukommt, ſofern dieſe in jedem konkreten Fall die Allgemeinheit, wie ſie gerade für dieſen Fall ſich beſtimmt, erkennt und eben damit den antreibenden und billigenden Ausſpruch des Gewiſſens aus ſich ſelbſt ſetzt; während umgekehrt das Gewiſſen für ſich allein auch ſich abſtrakt fixiren und zur feigen Grübelei werden kann.

§. 65.

Wie nun aber vor dem Handeln das Gewiſſen als die Denken und Wollen zuſammenhaltende Macht, als die unabtreibliche Sollicitation zum ſittlichen Denken und Wollen auftritt, ſo macht es ſich auch nach vollbrachter Handlung gegen die Diſtinktionen des reflektirenden Verſtandes, der die Schuld ganz oder theilweiſe vom Willen abzuwälzen verſucht, als die unwillkührliche Zurechnung der Handlung geltend. Zwar iſt auch dieſe Zurechnung noch nicht die wahre, welche vielmehr nur als ein mannigfach vermittelter Gedankenproceß durch die Dialektik ſubjektiver und objektiver Momente zu Stande kommt. Es kann daher die vom Gewiſſen ausgeſprochene Imputation, weil ſie die Unendlichkeit des Gefühls zur Baſis hat, über-

Digitized by

trieben seyn. Gleichwohl bildet sie aber, wie die Forderung, so auch die wesentliche Grundlage der in den Gedankenproceß zu übersetzenden Imputation. Denn immer bleibt das Gewissen das Gefühl der substantiellen Nothwendigkeit in deren unmittelbarer Beziehung zu der durch die Handlung hervorgebrachten Objektivität [1]).

IV. Resultat.

§. 66.

Aus dem Bisherigen geht nun Folgendes hervor: Der verbrecherische Wille hat seinen Ursprung in der menschlichen Willkühr oder Wahlfreiheit, als dem Vermögen des Guten und des Bösen. Seine Entstehung setzt daher voraus, daß der Mensch aus dem Zustande des natürlichen Willens herausgetreten und nicht wieder in denselben zurückgefallen sei. Denn, solange der Wille unter der Naturbestimmtheit steht, ist er gar nicht wahrhaft Wille, ist nicht frei, sondern unfrei. Ebensowenig kann aus dem zur absoluten Freiheit durchgedrungenen Willen das Verbrechen hervorgehen, da dieser Wille die durch Freiheit vermittelte Identität der substantiellen Allgemeinheit mit der Besonderheit ist. Nur die Willkühr ist daher die Quelle des verbrecherischen Willens, und nur mit dieser Form der Freiheit hat es somit das Strafrecht zu thun.

§. 67.

Indem aber das Verbrechen seine Quelle in der Willkühr hat, so hat es seine Quelle in der Freiheit, wenn gleich nicht in der vollendeten Form derselben. Denn die Willkühr setzt den Akt der reinen Freiheit voraus. Obgleich daher der Verbrecher, indem er sich an die Gewalt des Naturtriebs oder

1) Vergl. überhaupt die mehrangef. Schriften von Vatke und Wirth-Köstlin, Neue Revision. 9

ein sophistisches Raisonnement hingiebt, sich selbst unfrei macht, so ist doch eben diese Thätigkeit seine Selbstbestimmung und freie That. Seine Unfreiheit ist eine freiwillige. Denn der Akt der reinen Freiheit, welchen die Willkühr involvirt, setzt den Bruch des Denkens mit der Natur, hiermit aber die Möglichkeit voraus, zwischen Vernunft und Trieb zu wählen, daher auch die Möglichkeit, das Verbrechen, wozu der Wille sich bestimmt hat, nicht zu begehen.

§. 68.

So gewiß nun zwar an der menschlichen Freiheit der substantielle Grund, aus welchem sie hervorgeht, sich forterhält und in verschiedenen Formen der Nothwendigkeit durch ihren Entwicklungsproceß sich hindurchflicht, ebenso gewiß ist auch, daß keine dieser Formen eine wirkliche Schranke für sie bildet, wie dies von der Natur, von dem Kausalitätsgesetz und dem absoluten Willen im Vorhergehenden nachgewiesen worden ist. Im Gegentheil hat sich endlich noch das Gewissen als die unabläßig mahnende, warnende und richtende Stimme des substantiellen Gefühls aufgewiesen, welche von der Natur dem sophistisch distinguirenden Verstande der Willkühr als Gegengewicht beigegeben ist und diesem die letzte Ausflucht benimmt, womit er die Schuld seiner Thaten von sich abzuwälzen versuchen möchte. Somit ergiebt sich die menschliche Freiheit als die allen deterministischen Einwendungen entnommene Grundlage für die folgende Untersuchung.

Digitized by

Zweiter Abſchnitt.

Die Handlung und die Schuld.[1]

§. 69.

Das Verbrechen hat ſich als Produkt des Willens und zwar als Produkt der freien Willkühr erwieſen, ſofern dieſe kraft des aus dem Entwicklungsproceſſe des abſoluten Willens für ſie reſultirenden Vorrechts ſich dazu beſtimmt, ſich als beſondern Willen dem allgemeinen als ſolchen entgegenzuſetzen. Es iſt hiermit eine Unterart des Böſen überhaupt, und zwar insbeſondre des ſubjektiv Böſen, welches als Verbrechen ſeine ſpecifiſche Beſtimmtheit darin hat, als einzelner Akt gegen irgend eine beſtimmte beſondere Potenz des Sittlichen in das objektive Daſein hervorzubrechen.

§. 70.

Als ſubjektiv böſe Handlung ſetzt das Verbrechen einen objektiven Kreis von Pflichten und Geſetzen voraus, gegen welchen eben es die Verkehrung des ſubjektiven Willens bildet, welche Verkehrung zugleich eine ſolche gegen die eigene ſittliche Natur des ſubjektiven Willens iſt. Das Bewußtſein eines ſolchen Pflichtenkreiſes muß ſich alſo in dem Individuum entwickelt haben, wenn es des ſubjektiv Böſen fähig ſeyn ſoll. Denn erſt mit dieſem Bewußtſein iſt die Möglichkeit jener Verkehrung als einer freiwilligen gegeben. Erſt dieſe aber begründet die Schuld.

§. 71.

Das Verbrechen iſt mithin ſchuldvolle Handlung[2] und ſetzt als ſolche formell die Freiheit des rechtsverletzenden Subjekts voraus. Es genügt alſo nicht an der bloßen Kauſa-

1) Hegel §. 107 — 113.

2) Heffter §. 47. Abegg §. 78.

lität, wie sie auch von der Natur ausgesagt wird, sondern es wird die freie Kausalität zum Verbrechen erfordert. Diese freie Kausalität entwickelt sich aber mit dem Begriff der Handlung, wie er dem Verbrechen wesentlich ist, zu verschiedenen weiteren Bestimmungen. In dem Begriff der Handlung liegt nämlich eine dreifache Differenz, in welche sich das Subjekt begiebt, 1) zu der äusseren Objektivität des endlichen Daseins, 2) zu dem in demselben Medium sich bethätigenden Willen anderer Subjekte, 3) zu dem objektiven substantiellen Willen.

§. 72.

Nach allen diesen Momenten bestimmt sich nun die Schuld näher; das Urtheil aber darüber, ob und in wie weit nach den genannten Beziehungen in einer äusserlich existent gewordenen Rechtsverletzung eine schuldvolle Handlung vorliege, heißt Zurechnung. Aus diesem Begriffe der Zurechnung ergiebt sich aber: a) daß die Unterscheidung einer sogenannten Imputatio facti von einer Imputatio juris eine werthlose ist, b) daß die rechtliche Zurechnung von der moralischen nicht principiell unterschieden ist, c) daß die Begriffe von Zurechnung und Handlung sich decken, daher von Zurechenbarkeit überall nur da die Rede seyn kann, wo der Begriff der Handlung, d. h. der in der Objektivität mit sich identischen freien Subjektivität Anwendung findet.

Anm. — 1) Zum Begriffe des Verbrechens gehört es nothwendig, daß dasselbe Handlung und zwar durch freie Selbstbestimmung gesetzte, schuldvolle Handlung sei. Mit andern Worten, es gehört dazu, daß es eine zurechenbare, mithin von einem zurechnungsfähigen Subjekte begangene Handlung sei. Dagegen erklärt sich wunderlicher Weise wieder Luden[1]), indem er das Merkmal der Zurech-

1) Abhandlungen II. S. 70. ff. Handbuch. §. 32. Früher wurde dieselbe Ansicht besonders von Stübel vertheidigt. Thatbestand. S. 8—24.

Digitized by Google

nungsfähigkeit von dem allgemeinen Thatbeſtande des Verbrechens ausgeſchloſſen haben will. Zwar ſcheint es, als wolle er hiermit über den Begriff des Verbrechens nichts beſtimmen, da er dieſen ausdrücklich von dem allgemeinen Thatbeſtand unterſcheidet. Allein von dieſer nichtsſagenden Diſtinktion können wir abſehen, da er gleichwohl ſelbſt ſagt, der Thatbeſtand des Verbrechens ſei der Inbegriff der Merkmale, die eine Handlung an ſich tragen müſſe, um unter den Begriff des Verbrechens ſubſumirt werden zu können, womit offenbar der Thatbeſtand als der Inhalt des Begriffs bezeichnet wird. Sein Grund iſt nun: die Zurechnungsfähigkeit ſei nur ein Zuſtand, in welchem der Menſch ſich ohne ſein Zuthun befinde, und könne darum nicht für ein Merkmal einer Handlung ausgegeben werden. Zwar könne Niemand beſtraft werden, der ſich nicht bei Verübung des Verbrechens im Zuſtande der Zurechnungsfähigkeit befunden habe, aber gerade daraus folge, daß die Zurechnungsfähigkeit kein Beſtandtheil der Handlung ſeyn könne, welche zugerechnet werde (von welcher durch die Zurechnung geurtheilt werde, daß ſich der Handelnde bei ihrer Begehung in zurechnungsfähigem Zuſtande befunden habe). Die Zurechnungsfähigkeit könne ſtrafrechtlich nur in Betracht kommen, um auf ſie eine verbrecheriſche Handlung zu beziehen. Daher müſſe denn im Syſteme die Zurechnungsfähigkeit erſt nach dem allgemeinen Thatbeſtande des Verbrechens abgehandelt werden. — Allein dieſe Anſicht iſt um ſo wunder-

---

Etwas Anderes iſt es, wenn Feuerbach §. 81. unter Thatbeſtand nur die objektive Seite des Verbrechens verſteht (wogegen er freilich ſogleich in §. 82. eine auffallende Inkonſequenz begeht). Denn, indem er die Zurechenbarkeit als (ſubjektiven) Grund der abſoluten Strafbarkeit aufführt, rechnet er ſie zum Begriff des Verbrechens. Die richtige Anſicht ſ. bei Wächter Lehrb. I. S. 77.

licher, da Luden zu dem allgemeinen Thatbestand als wesentliches Moment die entweder als Vorsatz oder als Fahrläßigkeit erscheinende verbrecherische Willensbestimmung rechnet. Man muß ihn nun billig fragen, wie er es denn angreife, sich eine verbrecherische Willensbestimmung ohne Zurechnungsfähigkeit zu denken? und wie er sich eine verbrecherische Handlung vorstellen könne, die etwa nicht zuzurechnen wäre? In der That kann ja doch von dolus und culpa überall nur die Rede seyn, wenn eine freie Selbstbestimmung und eben damit die Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt ist. Dolus und culpa sind ja nichts anderes, als Formen der verbrecherischen Willensbestimmung, die durch und durch von der Zurechnungsfähigkeit bedingt ist. Eine doloſe oder kulpoſe Handlung, bei der die Möglichkeit gedacht wird, daß sie in unzurechnungsfähigem Zustande begangen worden sei, ist das schlechthin Undenkbare. Uebrigens ist die Verwechslung, die sich Luden hier zu Schulden kommen läßt, ganz klar. Er sagt, der Gegenstand der Zurechnung sei das Verbrechen, während doch in Wahrheit dies nur von der Objektivität des Verbrechens gesagt werden kann. Ganz mit Unrecht polemisirt er gegen Abegg, der dies sehr richtig ausführt [1]). Wäre der Gegenstand der Zurechnung das Verbrechen, d. h. nicht bloß die objektive Rechtsverletzung, sondern diese zugleich als eine dolos oder kulpos hervorgebrachte, so bedürfte es der Zurechnung gar nicht; in dem Urtheil, daß eine solche verbrecherische Erscheinung vorliege, wäre das die Zurechnungsfähigkeit bejahende Urtheil immer schon mitenthalten. Wenn aber Luden meint, daß auch Abegg das Verbrechen nach seiner subjektiven Seite als Gegenstand der

1) Lehrbuch §. 78 ff.

Zurechnung prädicire, so mißverſteht er ihn durchaus. Das iſt nun freilich nicht zu beſtreiten, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht zur differentia specifica der verbrecheriſchen Handlung gehört; aber ſie darum vom Thatbeſtand des Verbrechens auszuſchließen, iſt nicht minder abenteuerlich, als wenn man behaupten wollte, es gehöre dazu auch nicht der Begriff der Handlung, der Selbſtbeſtimmung überhaupt. Auch das iſt nicht zu beſtreiten, daß der Zweck der Zurechnung iſt, über die Schuld und die Strafbarkeit eines Subjekts zu beſtimmen; aber eben dies kann ja nur dadurch geſchehen, daß geurtheilt wird, es ſei eine gewiſſe objektiv vorliegende Rechtsverletzung auf den Willen eines Subjekts als beſtimmendes Princip zu beziehen; unmöglich kann alſo der Gegenſtand der Zurechnung eben dieſes Willensmoment ſchon enthalten; denn wenn er es enthielte, ſo wäre alles weitere Urtheil überflüſſig. Luden ſagt: man werde doch nicht behaupten wollen, daß Jemand ſeiner Zurechnungsfähigkeit für ſchuldig erklärt werde. Gewiß nicht, aber in ſeiner Anſicht liegt das Widerſinnigere, daß Jemand ſeiner Schuld für ſchuldig erklärt werden ſoll. Was er ſich denkt, wenn er ſagt, die Zurechnungsfähigkeit ſei nur ein Zuſtand, auf welchen eine verbrecheriſche Handlung bezogen werde, iſt nicht zu begreifen. Denn ſtrafrechtlich kommt ja dieſer Zuſtand überall nicht als ſolcher, ſondern nur die darin begangene Handlung in Betracht, wie man aber die Handlung von dem Zuſtande der Zurechnungsfähigkeit, der den Begriff der Handlung weſentlich bedingt, kann trennen wollen, was man ſich unter dem einen Moment abgeſehen vom andern überall vorſtellen mag, das eben iſt das Unfaßliche. Auch die praktiſchen Bedenken, welche Luden der gewöhnlichen Lehre entgegenſetzt, ſind unſtichhaltig. Wenn er ſagt, es würde daraus folgen, daß die Specialinqui-

ſition gegen einen Menſchen verhängt werden könnte, ehe nur überhaupt ausgemacht wäre, ob wirklich ein Verbrechen verübt worden oder nicht, — ſo iſt dies allerdings richtig, ſofern man unter letzterem verſteht, daß das Verbrechen ſeiner Totalität nach noch nicht vollkommen bewieſen ſei; durchaus falſch aber, wenn er etwa ſagen wollte, es könne nach dieſer Anſicht Specialunterſuchung verhängt werden, ehe die Wahrſcheinlichkeit vorhanden ſei, daß ein objektiv rechtsverletzender Erfolg der doloſen oder kulpoſen Handlung eines Menſchen ſeine Entſtehung verdanke. Der Irrthum bei Luden liegt hier darin, daß er behauptet, die Zurechnung ſei nicht ohne Specialunterſuchung möglich, während doch nur geſagt werden kann, der Beweis der Zurechnungsfähigkeit ſei nur durch die Specialunterſuchung vollſtändig zu erbringen, was aber ebenſoſehr vom Beweis des dolus und der culpa gilt. Meint Luden, der Beweis des dolus und der culpa ſei vollſtändig ohne Specialunterſuchung zu liefern, ſo ſieht man wahrlich nicht ein, wozu er überall dieſe noch für nöthig hält. Die Sache verhält ſich aber vielmehr ſo: die Specialunterſuchung ſetzt die Wahrſcheinlichkeit voraus, daß eine objektiv vorliegende Rechtsverletzung in der Schuld eines Subjekts, d. h. in der Handlung eines Zurechnungsfähigen ihren Grund habe. Wäre das Gegentheil bereits klar, ſo könnte natürlich von einer Specialunterſuchung gar nicht die Rede ſeyn. Sie ſoll nun eben dazu dienen, jene Wahrſcheinlichkeit entweder zur Gewißheit zu erheben oder zu zerſtören. Sie ſetzt alſo jedenfalls voraus, daß der Beweis des Verbrechens noch nicht vollſtändig hergeſtellt ſei. Indem ſie aber die Wahrſcheinlichkeit des doloſen oder kulpoſen Urſprungs der Rechtsverletzung vorausſetzt, ſo ſetzt ſie auch die Wahrſcheinlichkeit der Zurechnungsfähigkeit

des Thäters voraus. Im Gegentheil läuft Ludens Behauptung ebenso wider das positive Recht, als wider die Natur der Sache. Denn entweder ist es wahr, daß die Verhängung der Specialuntersuchung den Beweis des dolus oder der culpa voraussetzt, — dann setzt sie auch den Beweis der Zurechnungsfähigkeit voraus, oder es ist wahr, daß die Zurechnung nicht ohne Specialuntersuchung möglich ist, dann wäre allerdings mit Specialuntersuchung vorzufahren, sobald nur ein rechtsverletzender Erfolg äusserlich vorläge. Freilich ist nun das zweite Bedenken Ludens gerade, daß es praktisch höchst gefährlich wäre, mit dem Beweis des dolus oder der culpa die Zurechnungsfähigkeit als bewiesen anzunehmen, da beides auch getrennt seyn könne. Allein die praktische Gefährlichkeit findet eben nur solange statt, als man sich den Begriff der Handlung nicht klar gemacht hat, da es unter dieser Voraussetzung gar nicht möglich ist, von der dolosen oder kulposen Handlung eines Unzurechnungsfähigen zu reden. Wenn endlich Luden mit Recht gegen die stationäre Verwechslung der Unzurechnungsfähigkeit mit andern Gründen des Wegfallens der Strafbarkeit sich erklärt, so hat er vollkommen Recht. Nur ist am wenigsten zu begreifen, wie er eine solche Verwechslung der hier vertheidigten Lehre auf die Rechnung schreiben kann, wie er denn ja selbst anführt, daß Abegg dem Irrthume entgegentrete. Gleichwohl geht er selbst auf der andern Seite wieder viel zu weit, wenn er die Zurechnungslosigkeit mit der Zurechnungsunfähigkeit identificirt und deshalb auch äussere Gewalt, Irrthum und Zufall von den Gründen der Unzurechenbarkeit ausgeschlossen haben will, während es doch im Begriff der Schuld als einer Identität objektiver und subjektiver Elemente liegt, eben-

sowohl durch objektive, als durch subjektive Gründe ausgeschlossen zu werden.

2) Aus der obigen Darstellung geht ferner hervor [1]), daß die hergebrachte Unterscheidung von imputatio facti und juris eine ganz werthlose ist. Nicht bloß werthlos, sondern positiv falsch ist sie, wenn man mit Luden zu der imputatio facti auch das rechnet, daß Jemand doloser oder kulposer Urheber eines Erfolgs gewesen sei, da dann gar nicht abzusehen wäre, was nun noch weiter hinzukommen müßte, um die imputatio juris zu konstituiren. Versteht man aber unter der ersteren, wie es gewöhnlich geschieht und allein Sinn hat, das Urtheil, daß Jemand überhaupt physischer Urheber eines gewissen rechtsverletzenden Erfolgs gewesen sei, so ist dieser Begriff wenigstens ein durchaus werthloser, da diese Art von Kausalität gerade ebensogut von reinen Naturursachen prädicirt werden kann, z. B. von einem Ziegel, der vom Dache fällt und einen auf der Straße wandelnden Menschen erschlägt. Im gemeinen Leben schreibt man zwar wohl auch einem solchen Ziegel die Schuld an dem Tode des Menschen zu. Aber die Wissenschaft soll eben von solchen unbestimmten Vorstellungen sich reinigen. Im Strafrecht handelt es sich nur von der moralischen Schuld, d. h. von derjenigen, die in einer menschlichen Handlung, in der freien Kausalität eines Subjekts begründet ist. Dieser bereits erwiesene Satz erhält seine tiefere Bedeutung erst unten bei der Erörterung des Wesens der Strafe. Diese wird sich nämlich in subjektiver Beziehung als Tilgung der Schuld, als Genugthuung des Subjekts für seine Handlung erweisen. Diese Genugthuung kann aber in nichts Anderem bestehen, als darin, daß die Negati-

1) Vergl. Bauer Abh. I. S. 250.

vität der Handlung an dem Handelnden selbst zur Erscheinung gebracht wird. Eben dies setzt nun voraus, daß der, welcher auf solche Weise genugthun soll, frei gehandelt haben, in seiner Handlung eine mit sich identische Subjektivität, nicht bloß vereinzeltes, sondern allgemeines, denkendes Ich gewesen seyn muß, da er sonst die Strafe gar nicht als solche empfinden könnte. Die Strafe ist Buße der Subjektivität, daher muß auch die Verletzung, wofür gebüßt wird, durch die Subjektivität gesetzt gewesen seyn, nicht bloß durch die äussere Welt oder durch die im Ich wirkende innere Naturmacht. Kurz, die kriminalistische Imputation kann es einzig allein mit der freien Kausalität der Subjektivität zu thun haben.

3) Nur hiedurch erlangt man einen würdigen Begriff von der Strafe, wie er allen denjenigen Theorieen fehlen muß, welche die Strafe auf ausserhalb des Verbrechens liegende Zwecke gründen und daher die menschliche Subjektivität zum bloßen Mittel herabwürdigen müssen. Bei der Grundansicht, worauf die Feuerbachische [1]) Freiheitslehre beruht, war es freilich gar nicht anders möglich, als daß gerade der wesentliche Kern des Strafrechts, seine Begründung in der menschlichen Freiheit und der Schuld, als Nebensache behandelt und in ein schiefes Licht gerückt werden mußte. Wer, auf dem Boden der Kantischen Philosophie, die theoretische Vernunft als eine bloß formelle Thätigkeit auffaßt, die ihren Inhalt aus der Erfahrung nehme, der konnte auch der Imputationslehre, die unter den Gesetzen der theoretischen Vernunft steht, nur eine empirische Grundlage geben. Gerade je idealer er die praktische Vernunft, die Auto-

1) Die Literatur darüber s. bei Mittermaier not. I. zu Feuerbach. §. 85. Vergl. Wächter I. S. 109—111.

Digitized by Google

nomie des Willens, die absolute Freiheit auffaßte, umsomehr mußte er sie aus dem Gebiete des Strafrechts als einen
2 übersinnlichen Begriff wegweisen und sich vielmehr hier an den Determinismus des Kausalitätsgesetzes halten. Die Folge war dann natürlich, daß das Strafrecht, das nicht auf die Schuld begründet werden konnte, seine Begründung durch die bloße Zweckmäßigkeit erhalten mußte, wobei denn nicht nur die ganze Imputationslehre zu untergeordneter Bedeutung herabsank, sondern überhaupt die menschliche Subjektivität zum bloßen Mittel herabgewürdigt und das Strafrecht zur thierischen Züchtigung gemacht werden mußte. Denn der psychologische Zwang, der durch die Androhung im Gesetz auf den Menschen ausgeübt werden soll, ist dem Wesen nach ganz derselbe, der durch den Prügel bei der Hundedressur ausgeübt wird. Es wird an der Macht der eingeborenen Vernunft verzweifelt und, was diese zu leisten hätte, wird vielmehr von einer Ideenassociation zwischen That und Strafe, zwischen sinnlichen Vorstellungen und Empfindungen erwartet [1]). — Je mehr die Feuerbachischen Ansichten in die Praxis übergegangen sind, um so dringender ist es nöthig, an diesen ihren Kern zu erinnern, den man sich freilich in bequemem Eklekticismus sogern unter allerlei oberflächlicher Uebertünchung verbirgt. Und leider Manche,

---

1) S. besonders Vaillant de libera voluntate. 1837. Was von den weiter bei Mittermaier a. a. O. angef. Ansichten über Willensfreiheit zu halten ist, ergiebt sich, ohne in's Besondere eingehende Kritik, aus der begründenden Darstellung des vor. Abschnitts. Ohne Bedeutung sind die vor-Feuerbachischen Ausführungen, welche in der Regel die Freiheit als unmittelbare Thatsache annehmen und in sofern allerdings Recht haben. Von Neueren s. besonders Oersted Grundregeln S. 129. ff. Henke I. S. 291—303. Rossi, Traité II. S. 103 ff.

Digitized by Google

die ihre strafrechtlichen Gedanken von Feuerbach entlehnt haben, sind dabei stehen geblieben und haben das nothwendige Gegenstück seiner Philosophie, die hohe Freisinnigkeit und Idealität ihres moralischen Theils nicht mit angenommen; sie haben von ihm nur den für die schlechte Endlichkeit berechneten Terrorismus, nicht aber zugleich die tiefsittliche Gesinnung gelernt, welche den Staatsmann auch nach Feuerbachischen Begriffen bei der Festsetzung politischer Einrichtungen leiten soll. So hat denn allerdings das Abschreckungssystem sich in eine Einseitigkeit ausarbeiten und Konsequenzen entwickeln können, die es — ohne jenen sittlichen Rückhalt — erst zu dem gefährlichen Werkzeuge in der Hand des Polizeistaats machen, als welches es sich schon erprobt hat. Darauf ist aber um so mehr aufmerksam zu machen, je mehr auch der Liberalismus unsrer Tage noch auf derselben Grundansicht über Recht und Staat basirt und so jenen Bestrebungen des Polizeistaats in die Hände arbeitet, während er einsehen sollte, daß es keineswegs genügt, in denselben Kategorieen sich herumzutreiben und nur der einen Modifikation eine andere, z. B. dem Abschreckungszweck den Besserungszweck entgegenzustellen, sondern daß gründlich nur geholfen werden kann, wenn jenes ganze Fundament des Polizeistaats, die principielle Trennung von Recht und Moral, die Verweisung des Rechts in das Gebiet der sog. äusseren Freiheit, seine Degradation zur bloßen relativen Nothwendigkeit vollständig aufgegeben wird. Hievon ist es nun nur eine Konsequenz, wenn die spekulative Ansicht die menschliche Freiheit in ihrer Wahrheit als die Grundlage des Strafrechts entschieden hinstellt und den mißhandelten Begriff der Schuld wieder zu Ehren bringt. Indem sie dies thut, erkennt sie die menschliche Subjektivität auch im Strafrecht als Selbst-

Digitized by Google

zweck an und fordert dieſe Anerkennung vom Staate. Wie wichtig aber die konſequente Anerkennung dieſes abſoluten Rechts ſei, ſieht man leicht ein, wenn man nur an die enge Verbindung ſich erinnern will, worin das Strafrecht mit dem Strafproceſſe ſteht. Leider weiß man, wie wenig in unſrem beſtehenden Strafproceſſe das gedachte Recht anerkannt, wie es vielmehr bei aller Humanität im Einzelnen doch immer noch grundſätzlich mit Füßen getreten iſt. Bedenkt man nun, wie leichtſinnig man handelt, wenn man im Strafrechte ſelbſt eine Konceſſion macht, gegen die man im Strafproceſſe als die größte Ungerechtigkeit anzukämpfen gewohnt iſt, ſo wird man es nicht für eine Gedankenſpielerei und ein müßiges Schulgezänke halten, wenn hier alles Ernſtes die Forderung gemacht wird, daß man ſich entſchieden aus dem Feuerbachiſchen Ideenkreiſe im Strafrecht herausreiſſen und vor Allem die Lehre von der Zurechnung, welche den Kern des Strafrechts ausmacht, in ihrem wahren Lichte, in ihrer tiefen ſittlichen Bedeutung auffaſſen möge.

4) Im Bisherigen liegt, daß die kriminaliſtiſche und die moraliſche Zurechnung principiell nicht verſchieden ſind und nicht verſchieden ſeyn können. So gegründet es iſt, wenn Manche gegen die einſeitig moraliſchen Vergeltungstheorieen die relative Verſchiedenheit der moraliſchen und rechtlichen Zurechnung hervorheben, ſo verkehrt iſt es, wenn ſie dieſe relative Verſchiedenheit zu einer abſoluten und principiellen aufſchrauben. Eine principielle Differenz iſt aber deshalb nicht möglich, weil die Sittlichkeit in ihren verſchiedenen Formen Eine und dieſelbe iſt. Von der relativen, die allerdings ſtattfindet, wird unten näher gehandelt werden. Hier iſt aber auf die gemeinſame Grundlage beider, den Begriff der menſchlichen Freiheit, hinzuweiſen, den der moraliſche Beurtheiler

Digitized by Google

ſowenig, als der Richter, aufgeben darf. Zwar gibt es eine Art der moraliſchen Beurtheilung, die namentlich, wo es ſich von Verbrechen handelt, in unbeſonnenem Mitleid mit dem Opfer der ſtets ſcheel angeſehenen Juſtiz allezeit zu determiniſtiſchen Erklärungsweiſen auch der ſchnödeſten Uebelthaten bereit iſt und den Defenſoren herrlich in die Hände arbeitet. Allein von dieſer populären Moral, die mit derſelben Gedankenloſigkeit am nächſten Tage, vom Motive des Neides geleitet, die erhabenſten Thaten weltgeſchichtlicher Subjekte zur Wirkung zufälliger Umſtände herabſetzt, — von dieſer iſt hier natürlich nicht die Rede. Die wahre Moral hat daſſelbe Weſen des Willens zum Princip, von der auch hier ausgegangen wird. Sie iſt alſo über jede Art von Determinismus ebenſo hinaus, wie dies der imputirende Richter ſein muß. Wenn gleich daher der moraliſche Beurtheiler beim beſtimmten Verbrechen noch Manches in Anſchlag bringen muß, worauf der Richter nicht ſehen darf, ſo ſtehen ſich beide doch darin vollkommen gleich, daß ſie kein nothwendiges Schlechtſein beim Menſchen anerkennen, daß ſie vielmehr den Verbrecher, mögen ihn nochſoviele plauſible Gründe determinirt haben, eben dafür verantwortlich machen, daß er ſich durch dieſe Gründe hat determiniren laſſen. Dem Geiſt kommt überall kein Naturſein zu, ſeine Subſtanz beſteht allein in der Thätigkeit, und er iſt daher nur das, wozu er ſich ſelber macht. Dieſe Idealität des Geiſtes iſt auch das Grundprincip der Moral, und darum iſt die moraliſche Schuld dem Weſen nach keine andere, als die rechtliche. Es kann daher auch nicht gebilligt werden, wenn Berner a. a. O. S. 47. ſagt; daß der Moraliſt den Begriff der Imputation klar unterſcheide, ſei nicht von großer Wichtigkeit, der Juriſt dürfe ſich aber auf ſolche Konfuſion nicht einlaſſen. Dieſe

unrichtige Behauptung hängt mit der viel zu engen Auffassung der Imputation bei dem gedachten Schriftsteller zusammen, sofern er den Begriff derselben in der Reflexion des äusserlich Geschehenen in den Willen überhaupt aufgehen läßt. Er hat zwar vollkommen Recht, wenn er in der angef. Stelle auf die begreifliche Scheidung der Imputationslehre von der Lehre über die Strafzumessungsgründe dringt, allein dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß nicht in den Begriff der Imputation ausser der von ihm festgehaltenen Beziehung auch andre Beziehungen, namentlich die des subjektiven Willens auf den objektiv-sittlichen aufzunehmen wären. Noch weniger wird damit der Satz gerechtfertigt, daß es die Moral mit dem Begriff der Zurechnung nicht genau zu nehmen habe [1]). Das Nähere darüber wird, wie gesagt, unten ausgeführt werden. Hier wollten wir nur darauf aufmerksam machen, daß der Begriff der Zurechnung in der Regel zu eng genommen wird, sofern man nicht alle Differenzen, in welche das Subjekt als handelnd tritt, sondern nur die erste der im Paragraphen genannten im Auge hat.

5) Endlich liegt aber in der ganzen vorhergegangenen Ausführung, daß es die strafrechtliche Zurechnung [2]) überall nur mit dem mündigen, geistig gesunden Menschen zu thun hat. Denn erst durch das Denken wird der Wille frei; von Natur dagegen ist er nicht frei, vielmehr ist der Wille eine gewisse Zeit lang nothwendig in die Naturbestimmtheit befangen und hiemit den Reizen von aussen, wie von innen mit Nothwendigkeit unterworfen. Erst mit der gereiften Geistigkeit tritt daher die Möglichkeit der freien Selbstbestimmung und eben damit

1) Vergl. Abegg S. 125. und die dort Angef. Rossi a. a. O.
2) Vergl. Hefftter §. 49. 51.

Digitized by Google

auch der Zurechnung ein. Denn erst auf dieser Stufe ist auch die nothwendige Voraussetzung des subjektiven Bösen, nämlich das Wissen um einen objektiven Kreis von an und für sich seienden Bestimmungen vorhanden, eine Voraussetzung, die, wie die Möglichkeit, so auch das sollicitirende Princip des Bösen bildet. Hiemit ist denn ein sehr wesentlicher, noch in neueren Legislationen keineswegs gehörig anerkannter Unterschied in der Strafgerechtigkeit gegeben, nämlich der Unterschied der erziehenden von der eigentlichen (rächenden) Strafgerechtigkeit, worüber unten noch näher zu sprechen seyn wird. Aus dem Angeführten erhellt zugleich, daß man den Zustand der Zurechnungsfähigkeit bei allen der Kindheit entwachsenen Individuen als den regelmäßigen [1]) anzunehmen hat, worin aber freilich noch nicht liegt, daß man etwa hieraus eine praesumtio juris zu machen hätte. Gibt man jedoch dies zu, so muß man die entgegengesetzte Präsumtion der Unzurechnungsfähigkeit, wie sie von Seiten des Materialismus und einer gedankenlosen Weichherzigkeit aufgestellt wird, als schlechthin verkehrt und den menschlichen Geist entwürdigend abweisen [2]).

§. 73.

Indem die Zurechnung die freie Selbstbestimmung des Subjekts zur Grundlage hat, so ist der Inhalt der Imputationslehre das Recht des subjektiven Willens, vermöge dessen dieser nur das ist und nur als das sich anerkennt, worin er sich als solchen weiß. Als subjektiver Wille steht nun aber der Wille in einer doppelten Differenz, und hat darum auch jenes Recht desselben eine doppelte Bedeutung.

---

1) Abegg S. 147. 148.

2) S. darüber Mittermaier not. I. zu Feuerbach §. 87. und die dort Angef.

Digitized by Google

Einerseits nämlich ist der subjektive Wille als solcher im Gegensatz gegen das Wesen des Willens, gegen welches er als das Formelle bestimmt ist und hiemit im Verhältnisse des Sollens steht. Andererseits ist er als Subjektivität im Gegensatz gegen die Objektivität als äusseres Dasein und steht hiermit im Verhältnisse des endlichen Bewußtseins.

§. 74.

Die letztere Differenz entwickelt sich nun zunächst zu folgenden Bestimmungen. Der subjektive Wille bethätigt sich als der äussern Objektivität entgegengesetzter dadurch, daß er sich selbst in die letztere übersetzt und in der hiemit in objektiver Existenz gesetzten Bestimmung sich als identisch mit sich, sonach die Differenz für sich als aufgehoben und zum bloßen Formunterschiede des Inhalts seiner Selbstbestimmung, seines Zwecks herabgesetzt erkennt. Das Wesen des Willens überhaupt ist nämlich, in seiner von ihm selbst gesetzten Bestimmtheit mit sich identische Allgemeinheit zu bleiben. Eben in dem Momente der Bestimmtheit liegt aber das Verhältniß der Endlichkeit überhaupt, wornach der Wille als das Objektive in formellem Gegensatze gegen eine vorgefundene Aussenwelt steht; da nun im Begriffe des Willens wesentlich die Einheit des Subjektiven und Objektiven liegt, so ist die Form des bloß subjektiven Zwecks eine mangelhafte, und dieser Mangel wird nun eben dadurch aufgehoben, daß dem subjektiven Zwecke die Form der Objektivität gegeben, daß er in das äussere Dasein übergesetzt wird. Beides zusammen ergibt nun eben jene Bethätigung des subjektiven Willens, sein Dasein zu seiner eigenen Bestimmtheit zu machen, worin näher die Momente liegen, daß er a) sich innerlich in sich selbst besondert, einen Inhalt in sich setzt, b) die Schranke des bloßen Subjektivseins für diesen Inhalt aufhebt, indem er ihn in die objektive Existenz überzutragen thätig wird, c) in diesem objektiven Dasein aber

seinen subjektiven Zweck ausgeführt und in beiden Formen seine Identität mit sich selbst erkennt.

§. 75.

Hiezu tritt nun aber ferner das Differenzverhältniß, in welchem der Wille als subjektiver zur Objektivität des Willens überhaupt steht. 1) unterscheidet sich derselbe von seiner eigenen äusserlichen Objektivität insofern, als er dieselbe nur so weit als identisch mit sich gelten läßt, als sie für ihn seine Subjektivität enthält, 2) unterscheidet er sich von der Objektivität seines Begriffs, von der Substanz des Willens dadurch, daß er ihr gegenüber das Formelle der unendlich freien Selbstbestimmung, hiemit die Möglichkeit ist, sie als Inhalt in sich zu setzen oder auch nicht zu setzen, 3) unterscheidet sich der subjektive Wille, indem er sich in der Ausführung seiner Zwecke erhält, zugleich aber mit der Objektivirung derselben seine Subjektivität als diese unmittelbar bestimmte aufhebt, von dem subjektiven Willen Anderer, zu dem er hiemit in positive Beziehung tritt. In der Objektivirung des subjektiven Willens liegt hiemit dreierlei, a) daß er sich objektiv äussere Existenz gibt, b) daß er sich in Beziehung zur Substanz des Willens setzt, c) daß er sich im Willen Anderer Dasein verleiht. Diese Bethätigung des subjektiven Willens aber in den angeführten Beziehungen ist die Handlung. Da nun die Zurechnung das Urtheil über die freie Kausalität des handelnden Subjekts ist, so hat dieses Urtheil einen dreifachen Gegenstand: a) die Beziehung der vom handelnden Subjekte äusserlich gesetzten Objektivität auf die freie Selbstbestimmung desselben überhaupt, — formelle Zurechnung; b) die Beziehung des in beiden Formen identischen Inhalts auf die Besonderheit des subjektiven Willens als solche und in ihrem Verhältnisse zu andern subjektiven Willen, d. h. auf ihr eigenes Wohl und das Wohl Anderer, — materielle Zurechnung, c) die Beziehung desselben

Inhalts auf den ſubſtantiellen Willen, — allgemeine Zurechnung.

I. Formelle Zurechnung.

§. 76.

Der Gegenſtand der formellen Zurechnung iſt die Beziehung der in der Welt des objektiven Daſeins geſetzten Veränderung, des äuſſerlich Geſchehenen auf den Willen, das ſubjektiv Innerliche als Princip. Dieſe Beziehung, als eine poſitive geſetzt, macht den Begriff der Handlung aus; als negative geſetzt, ſchließt ſie den Begriff der Handlung aus. Die formelle Zurechnung beſteht alſo in der Beurtheilung, ob ein objektiv Geſchehenes eine Handlung ſei oder nicht. Sie hat es demnach mit drei Momenten zu thun, 1) mit dem Thatmoment, 2) mit dem Gewollten, 3) mit der Vermittlung dieſer beiden Momente, welche durch das Urtheil der Zurechnung entweder als exiſtirend oder als nichtexiſtirend ausgeſagt wird.

§. 77.

Unter Thatmoment iſt hier aber nichts Anderes zu verſtehen, als das abſtrakt äuſſerliche Moment des Geſchehenen, Faktiſchen, worunter daher ebenſowohl das Unterlaſſene, als das poſitive Thun fällt. Andererſeits drückt das Willensmoment noch das abſtrakt innerliche Moment der freien Selbſtbeſtimmung aus, wobei die unten aufzuführenden Unterſchiede von dolus und culpa noch als indifferent geſetzt ſind. Das Weſentliche der formellen Zurechnung iſt aber überhaupt nur dies, zu beſtimmen, ob die gedachten Momente identiſch ſeien oder nicht.

Anm. — Abegg §. 78. 79, würde dies vollkommen richtig darſtellen, wenn er nicht im Einzelnen die

Begriffe der Zurechenbarkeit und der Zurechnungsfähigkeit auf ungehörige Weise vermischte, wodurch er intellektueller Miturheber der hierüber von Luden entwickelten unrichtigen Bestimmungen geworden ist. In der folgenden Darstellung wird beides auseinandergehalten und dadurch hoffentlich der wesentliche Gehalt der von Abegg vorgetragenen Sätze gegen alle Mißverständnisse gesichert werden. Daß übrigens die Begriffe von Zurechnung und Handlung sich decken, vorausgesetzt nur, daß man den Begriff der Handlung nicht ungeschickter Weise als bloß äusserliches Thun bezeichnet und dadurch seines wesentlichen Gehalts entkleidet, das darf als ein durch die weltgeschichtliche Entwicklung des Strafrechts hinlänglich gesicherter und in das gemeine Bewußtsein übergegangener Satz, vindicirt werden [1]). Eine solche ungeschickte Auffassung des Begriffs der Handlung findet sich aber z. B. bei Luden Abh. II. S. 215. 216., wenn er sagt: „Die Handlung, welche zu einer verbrecherischen Erscheinung führt, muß nothwendig aus zwei Theilen bestehen, nämlich aus der Thätigkeit des Menschen (oder der Bewegung seiner körperlichen oder geistigen Kräfte), und aus der durch diese Bewegung veranlaßten Wirksamkeit gewisser Kräfte oder Gesetze der Natur, wodurch die Erscheinung hervorgebracht wurde." So richtig diese Unterscheidung des menschlichen Thuns und der physischen Bedingungen für dessen Erfolg an sich und so wichtig sie in manchen Beziehungen ist, so falsch ist es doch, wenn hiemit der Begriff der Handlung abgeschlossen seyn soll. Vielmehr leuchtet ein, daß diese beiden Momente zusammen eben nur das Thatmoment ausmachen, während

1) Nur die wissenschaftliche Entwicklung der hier zu Grunde liegenden Gedanken wird in der Regel vermißt.

man, um den Begriff der Handlung zu erhalten, nothwendig noch das Moment der freien Selbstbestimmung und der Beziehung des Thatmoments auf das Willensmoment als sein bestimmendes Princip hinzufügen muß. Daß aber dies kein bloßer Wort- und Schulstreit sei, das ergeben, worauf Luden selbst mit Recht Gewicht legt, die praktischen Konsequenzen, und zwar gehört zu den unrichtigen praktischen Folgerungen aus jenem unrichtigen Begriffe der Handlung vornämlich die, daß die ganze Lehre von der Urheberschaft und Theilnahme in ein schiefes Licht gerückt und die subjektive Kausalität unter der objektiven erstickt wird, was um so auffallender ist, da sich an andern Stellen Luden sogar zu der ganz entgegengesetzten Ansicht bekennt, daß eigentlich der Versuch der Vollendung gleich bestraft werden sollte. Man kann zwar nicht sagen, daß jene Lehre von Luden völlig falsch behandelt sei, da sich die Natur der Sache doch wieder in dem von ihm aufgestellten Unterschiede zwischen juristischem und bloß physikalischem Kausalzusammenhang geltend macht; aber theils läßt sich zeigen, daß hier aus richtigen Prämissen argumentirt wird, die aber stillschweigende Voraussetzungen bleiben und somit erschlichen sind, theils bleibt es auffallend, daß jene Differenz nur auf das Moment des Wissens reducirt, gerade von dem Hauptmomente aber, dem Willen, fast gar nicht die Rede wird. Dies ist um so nachtheiliger, da durch die Koordination der im menschlichen Thun liegenden Kausalität mit der Kausalität der Naturursachen dem Determinismus die Hand geboten wird. Wollte man aber dagegen einwerfen, daß ja Luden die Zurechnungsfähigkeit als Bedingung der Bestrafung in petto behalte, so muß erwiedert werden, daß damit wenig gedient ist, da sich nicht einsehen läßt, wie mit einem Begriffe von Zurechnungs-

Digitized by Google

fähigkeit, der dem Begriffe der Handlung geradezu entgegensetzt wird, somit nur den Nagel bildet, an dem der Begriff der Schuld aufgehangen wird, — dem Determinismus begegnet werden soll.

2) Daß das Thatmoment ebensowohl in einem Nichtthun, als in einem Thun bestehen könne, ist im Wesentlichen allgemein zugegeben. Gegen die theilweise irrigen genaueren Bestimmungen über die Unterlassungsvergehen, wie sie sich in den meisten Lehrbüchern [1]) finden, erklärt sich mit Recht Luden Abh. II. S. 218—259; nur scheint der Unterschied zwischen Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, welche sog. Gesetzesverbrechen seyn sollen, und anderen Unterlassungsverbrechen, auf welchen Luden hauptsächliches Gewicht legt, ohne Werth zu seyn.

§. 78.

Besteht hiernach der Begriff der Handlung in der vermittelten Einheit des Willens und der That, so ist es klar, daß keine Handlung vorliegt, mithin auch keine Zurechnung stattfinden kann, wo es an dieser Vermittlung fehlt. Dieser negative Satz ist mit dem positiven in §. 76. identisch. Es genügt jedoch für die Einsicht in das Wesen der Sache nicht, die einzelnen Gründe der Aufhebung der Zurechnung aneinanderzureihen. Vielmehr ist die Differenz, in welche hier die Subjektivität mit dem objektiven Weltzusammenhange tritt, in ihrer ganzen Schärfe zu erwägen und das gegenseitige Recht beider Momente an einander zu erörtern. Indem das Subjekt den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das äussere Dasein übersetzt, tritt es in den Weltzusammenhang und seine unendlich mannigfaltigen Konjunkturen ein und ruft eine relativ

---

1) Feuerbach §. 24. Martin §. 33. Vergl. Spangenberg N. Arch. IV. S. 527 ff.

auſſer ſeinem Wiſſen und Wollen liegende Macht gegen ſich hervor. Dem Rechte der Subjektivität, nur für das einzuſtehen, was in ſeinem Wiſſen und Willen lag, tritt das Recht der Objektivität gegenüber, von dem handelnden Subjekte in ſein Wiſſen aufgenommen zu werden, und es handelt ſich ſofort um die Verſöhnung beider Berechtigungen, womit ſich die ſelbſtbewußte Freiheit und die Nothwendigkeit der bewußtloſen Weltſubſtanz gegenüberſtehen. Dieſe Betrachtung wird ſich aber durch folgende Momente zu bewegen haben. 1) iſt der formelle Begriff der Handlung in ſeiner Unmittelbarkeit näher anzuſehen, in welcher er noch unvermittelte Identität von Subjektivität und Objektivität iſt und ebenſowohl das Princip der Freiwilligkeit, als das der Unfreiwilligkeit in ſich hat. 2) macht jede der beiden Seiten ihr Recht für ſich geltend, woraus die Lehre von dolus und culpa, ſowie vom Verſuch und der Vollendung hervorgehen. Eben dieſe Bewegung aber, in welcher beide Seiten ſich in einander reflektiren, führt 3) zu dem konkreten Begriff der formellen Handlung als vermittelter Einheit beider Seiten, wobei die Lehre von der Urheberſchaft und Theilnahme ihre Entwicklung finden wird.

Anm. — Daß dieſe Lehren im engſten Zuſammenhange ſtehen, ſo daß eine ſich aus der andern dialektiſch entwickeln muß, wenn es nicht bei einer oberflächlichen Vorſtellung davon bleiben ſoll, daß aber dieſe Forderung gewöhnlich nicht erfüllt werde, iſt leicht zu bemerken. Daß aber hiemit kein unbegründeter Tadel ausgeſprochen ſei, das muß die folgende Entwicklung ſelbſt beweiſen. So wichtig der bereits von Abegg gemachte Fortſchritt iſt, wenn dieſer wenigſtens die Lehre von der Zurechnung und von den Graden der Schuld nicht, wie Andre [1]),

1) S. z. B. Feuerbach in ſeinem Lehrb.

auseinanderreißt, so sehr ist es doch zu bedauern, daß er hiebei stehen geblieben ist und weder die Lehre von Versuch und Vollendung, noch die von Urheberschaft und Theilnahme der immanenten Bewegung des Begriffs gemäß entwickelt hat. Noch mehr zu bedauern ist es, wenn Luden, der sonst ein feines Gefühl für die von Abegg eingeführten Verbesserungen zeigt, gerade bei diesem Kernpunkt der Wissenschaft sogar gegen Abegg polemisirt. Dabei leitet ihn zwar das richtige Bewußtsein, daß ein Hauptsitz der Verwirrung in der herkömmlichen Doktrin in der Lehre von der aufgehobenen Zurechnung liege, wie denn allerdings hier das Verschiedenste untereinander gewürfelt zu werden pflegt. Es wird aber das Uebel nicht besser, wenn er nun auf der andern Seite durch seinen dem wissenschaftlichen Denken ebenso, wie dem gemeinen Bewußtseyn widerstrebenden Begriff von Handlung und Zurechnung eine neue Verwirrung in die ohnedieß verworrene Lehre zu bringen droht. Wahrhaft traurig ist es aber, daß die nun schon vor sechszehn Jahren von Michelet gelieferte spekulative Entwicklung der kriminalistischen Imputationslehre gerade in der kriminalistischen Literatur fast gar nicht beachtet worden ist [1]).

A. Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit.

§. 79.

Der Begriff der menschlichen Handlung ist, freiwillig, d. h. Einheit des Willens und des Thatmoments, ein aus dem Innern kommendes freies Bestimmen der äusseren Objekte zu seyn. Der Wille, als ein subjektiv Innerliches, ist

1) System der phylosophischen Moral. 1828. Nur seine Dissertation über dolus und culpa ist im N. Arch. angezeigt und flüchtig abgefertigt.

Digitized by Google

unterſchieden von der objektiven Auſſenwelt, welche ihm vor dem Beſtimmtwerden fremd und gleichgiltig gegenüberſteht. Gleichwohl enthält dieſe Auſſenwelt die für ſich ſelbſtändigen Bedingungen für die Aeuſſerung der ſubjektiven Freiheit. Schon das ſinnliche Bewußtſein des Ichs nun aber vermittelt jene urſprüngliche Fremdheit und Aeuſſerlichkeit. Anſchauend nimmt das Subjekt die Eindrücke der Objekte in ſich auf, ſetzt ſie ideell in ſich. Der einfache Punkt, welcher das individuelle Ich iſt, erweitert ſich zu dem Kreiſe, in welchem ſich der Inhalt ſeiner ganzen Umgebung reflektirt und zu einem Inhalte ſeines Bewußtſeins wird. So die Umſtände ideell im Ich geſetzt, ſind ſie daher dieſem nicht mehr fremd und äuſſerlich, es kann ſie als die ſeinigen beſtimmen, und, indem es dabei ſich ſelbſt beſtimmt und den Inhalt ſeiner Selbſtbeſtimmung in das objektive Daſein überträgt, ſo iſt die hiedurch zu Stande gebrachte Veränderung des objektiven Daſeins eine das Ich abſpiegelnde Exiſtenz, eine freie That, eine Handlung. Sie iſt dies indeſſen nur der Potenz nach, d. h. es iſt nur der Begriff der menſchlichen Handlung, frei zu ſeyn. Denn einmal liegt, wie ſogleich erhellen wird, in derſelben Vermittlung durch das ſinnliche Bewußtſein ebenſowohl auch die Möglichkeit der Unfreiwilligkeit. Ferner iſt ſchon oben gezeigt, daß zur wahrhaften Aktualiſirung der Freiheit noch mehr, als die bloße Vermittlung durch das ſinnliche Bewußtſein, nämlich die durch das Denken gehöre. Hier ſollte nur der formelle Begriff der Handlung in ſeiner Unmittelbarkeit aufgezeigt werden. Und allerdings iſt es nun eben jene Vermittlung durch die Anſchauung, welche von Anfang an die Möglichkeit der Freiwilligkeit gibt, obgleich damit noch nicht die wirkliche Freiheit geſetzt iſt; daher ſpricht man z. B. auch dem Kinde, dem Blödſinnigen die Freiwilligkeit in dieſem weitern Sinne nicht ab, während man ihm in konkretem Sinne

Digitized by Google

die Freiheit allerdings mit Recht abspricht und daher seine Handlungen für unzurechenbar erklärt.

§. 80.

Eben indem das Subjekt sich wollend in sich vertieft, setzt es sich nun aber ferner den äusseren Objekten als einem ihm fremden Zusammenhange entgegen. In dieser ursprünglichen Aeusserlichkeit und Fremdheit der Objekte gegen das Subjekt liegt nun gleichfalls die Möglichkeit, daß beide auch nicht identisch gesetzt seyn können. Zum Begriff der Handlung gehört 1) das Willensmoment, 2) das Thatmoment, 3) die Einheit beider, welche bedingt ist theils durch das richtige Auffassen der Objekte, theils durch die freie Selbstbestimmung der richtig aufgefaßten. Fehlt daher eines dieser Momente, so ist der Begriff der Handlung nicht vorhanden, mithin die Zurechnung aufgehoben. Hierin liegen bereits die Arten des Unzurechenbaren [1]).

Anm. — Daß unter die Aufhebungsgründe der Zurechnung Nothwehr, Nothstand, Drohung, verbindlicher Befehl u. d. gl. nicht gehören, darüber braucht nach dem Bisherigen kaum ein Wort mehr verloren zu werden, s. indessen Berner a. a. O. S. 49, 50. Eben dort ist auch richtig gezeigt, daß die gewöhnliche Verwechslung der Ausdrücke Zurechnungsunfähigkeit und Zurechnungslosigkeit vom Uebel ist, sofern letztere einen viel weiteren Begriff darstellt, als die erstere, und es unzurechenbare Thaten durchaus zurechnungsfähiger Subjekte giebt. Ebend. S. 50—52. Gegenüber den andern neuen Gesetzgebungen

1) In der Entwicklung dieser Lehre ist die Feuerbachische Freiheitslehre vorzüglich schädlich gewesen, und dieser Einfluß hat sich auch in der neueren Doktrin noch keineswegs ganz verloren. S. z. B. Mittermaier in den Noten zu Feuerbach §. 91.

macht in dieser Lehre der Badische Entw. einen wahren Fortschritt [1]).

1) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels der freien Selbstbestimmung.

§. 81.

Der Wille ist nur frei durch das Denken, mittelst dessen das Ich seiner eigenen und den äusseren Natur sich selbst als selbstbewußte Allgemeinheit entgegenstellt. Ein Wille, der nicht von diesem Denken getragen wird, ist kein wahrer Wille, sondern die Unfreiheit selbst. Eine solche Unfreiheit findet nun überall statt, wo die Naturnothwendigkeit in das Innere des Subjekts selbst tritt und eine innerlich über sein Wissen und Begehren gebietende Macht wird. Die Zustände dieser Unfreiheit haben übrigens eine doppelte Eigenthümlichkeit. Während sie einerseits die intensivste, weil in der Subjektivität selbst begründete, nicht nur das irrige Auffassen der äusseren Objekte, sondern auch den Mangel am Bewußtsein des substantiellen Willens mit sich führende Aufhebung der Zurechnung, die Unzurechnungsfähigkeit des Subjekts selbst darstellen, — so liegt andrerseits gerade darin, daß der Grund der Unfreiheit bei ihnen ein subjektiver ist, die Möglichkeit ihrer Annäherung zur Freiheit; eben deshalb giebt es auch eine Reihe solcher Zustände, die man als zweifelhafte Seelenzustände prädicirt, weil sie auf der Grenze zwischen Freiheit und Unfreiheit zu stehen scheinen.

§. 82.

Je schwieriger die Beurtheilung solcher Zustände im einzelnen Falle zu seyn pflegt, um so nothwendiger ist es, das Princip festzuhalten, welches dabei leiten muß. Dies besteht aber einfach darin, daß die Erklärung eines Subjekts für

---

1) Heffter, N. Arch. 1837. S. 338.

Digitized by Google

unzurechnungsfähig den Beweis der über sein Wissen und Wollen mächtig gewordenen Naturnothwendigkeit voraussetzt. Hierin liegt, a) daß es nur entweder Zurechnungsfähigkeit, oder Unzurechnungsfähigkeit, keineswegs aber Grade der Zurechnungsfähigkeit giebt; wenn gleich Zustände relativer Unfreiheit vorkommen, so kann doch eine bestimmte Handlung immer nur entweder frei oder unfrei gewesen seyn; und jene Relativität erzeugt nur eine Schwierigkeit des Beweises; b) daß die Aufstellung sogenannter unwiderstehlicher Triebe als Gründe für Aufhebung der Zurechnung nicht statthaft ist, weil der Trieb als solcher gar nicht unüberwindlich seyn kann; c) daß es ebenso widersinnig ist, die Möglichkeit einer beim ungetrübten Vorhandensein der Intelligenz eintretenden Gebundenheit des Willens zu statuiren. — Was nun aber die Frage betrifft, in welchem Verhältnisse überhaupt der Geist zu seiner Natur stehe, so ist der schon oben entwickelte Grundsatz festzuhalten, daß beide weder in dualistischem Gegensatze stehen, noch unmittelbar indentisch sind, daß vielmehr der Geist die Idealität des Körpers, dieser hiemit allerdings ein Moment in jenem, aber ein ideell gesetztes, und deshalb der Geist absolute Macht über den Körper ist. Muß hiemit der Geist der Potenz nach unbedingt für frei erklärt werden, so setzt der Beweis der Unzurechnungsfähigkeit stets den Beweis voraus, entweder daß diese potentielle Freiheit bei einem Subjekte sich überall noch nicht aktualisirt habe, oder daß sie zwar vorhanden gewesen, aber die Naturnothwendigkeit an ihre Stelle getreten sei. Dieser Beweis wird aber keineswegs schon durch das Aufzeigen physikalischer Erscheinungen und Ursachen als Möglichkeiten einer psychischen Störung, sondern nur durch den Nachweis einer wirklich eingetretenen psychischen Störung, des wirklich eingetretenen Verlustes der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins und Wollens hergestellt.

Anm. — Es ist hier nicht der Ort, in den unendlichen

Reichthum der juriſtiſchen und ärztlichen Literatur [1]) über die zweifelhaften Seelenzuſtände einzugehen. Die Schwierigkeiten dieſer Lehre reduciren ſich auf die empiriſche Schwierigkeit des Beweiſes, ſobald man ſich nur über die Principien der Freiheitslehre klar iſt. Und um dieſe allein iſt es hier zu thun. Leider zeigt der bis auf die neuere Zeit fortgeführte gerichtsärztliche Streit, daß es eben an ſolcher Klarheit der Principien fehlt und deshalb freilich die Sache noch viel tiefere Schwierigkeiten darzubieten ſcheint. Daß aber ſelbſt eine im Weſentlichen richtige Vorſtellung von der Freiheit ohne ſpekulative Begründung nicht hinreiche, um vor Irrthümern zu bewahren, zeigt die übrigens ſo ſchätzenswerthe Abhandlung von Mittermaier im N. Archiv. 1835. S. 93 ff., wenn dieſer einerſeits anerkennt, daß die menſchliche Freiheit auch den ſtärkſten Verſuchungen zum Unrecht zu widerſtehen vermöge, und andrerſeits die Möglichkeit zugiebt, daß unwiderſtehliche Triebe den Willen bei übrigens ungetrübtem Bewußtſein beherrſchen können [2]). Wollte man indeſſen nur an den im Texte aufgeſtellten negativen Folgerungen unverrückt feſthalten, ſo würde ſchon viel gewonnen ſeyn. Was die Grade der Zurechnungsfähigkeit betrifft, ſo enthält deren Annahme [3]) einen inneren Widerſpruch, den man von ſelbſt aufgeben muß, ſobald man ſich nur die Mühe geben will, ihn klar zu denken. Sie erklärt ſich allerdings aus der Rathloſigkeit, in die man ſich verſetzt fühlt, wenn ein Zuſtand bloß relativer Unfreiheit vorliegt und der Beweis der Freiheit oder Unfreiheit für das

1) S. Mittermaier in der 13ten Ausgabe von Feuerbachs Lehrbuch. §. 90. A. und die dort Angef.

2) S. dagegen Viſini in Wagners Zeitſchrift 1834. S. 34. vgl. A. Henke Lehrb. §. 285 und Abh. III. S. 237 ff.

3) Abegg §. 89.

Digitized by Google

konkrete Thun ſich nicht befriedigend feſtſtellen laſſen will. Hier iſt es denn allerdings eine bequeme Aushilfe, verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen; allein dieſe Art von Vermittlung taugt nichts. Denn, ſo gewiß es iſt, daß in allen menſchlichen Handlungen, auch den freiſten, eine Seite der Nothwendigkeit iſt, ſo kann doch das beſtimmende Princip darin immer nur das eine oder das andre ſeyn, die Freiheit oder die Nothwendigkeit. Erſtere iſt überall nur vorhanden als Negation der letzteren; ſo lang alſo ein Thun noch poſitives Wirken der Naturnothwendigkeit zeigt, kann von freier Kauſalität nicht die Rede ſeyn; ſobald aber umgekehrt die Naturnothwendigkeit gebrochen und das Thun als von der Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins ausgehend erſcheint, ſo hat man auch volle Zurechnungsfähigkeit anzunehmen, wenn gleich dasjenige, was man in ſolchen Fällen irrig für einen Grund der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit nimmt, als geringerer Schuldgrad oder Strafmilderungsgrund allerdings von Bedeutung für die Zumeſſung der Strafe werden kann. Wenn Stahl ſagt, das Bewußtſein, als poſitive Kraft, ſei unendlicher Steigerung, wie unendlicher Herabſetzung fähig, ſo zeigt er eben mit der angebrachten Kategorie der Kraft, daß er das Weſen des Willens ganz verkennt. Denn Kraft iſt eine Kategorie der Natur, und durch ihre Anwendung auf den Willen wird dieſer zum Sinnlichen herabgeſetzt, wie denn auch eben deshalb der Determinismus es liebt, den Willen als Kraft zu bezeichnen. Das Weſen des Willens liegt aber gerade in der Negation des Seins in der Sinnlichkeit, in der Idealiſirung der natürlichen Kraft, im Abbruch von ihrer ſinnlichen Unmittelbarkeit, worin allein die größere oder geringere Intenſität der Kraft liegt. — Eben aus dieſem Weſen des Willens folgt aber auch der andre der obigen

Digitized by Google

Sätze, daß es keinen unwiderstehlichen Trieb geben kann. Denn dies behaupten, heißt den Begriff der Freiheit negiren [1]). So gewiß es allerdings Zustände giebt, in welchen an die Stelle des Wissens und Wollens die Naturnothwendigkeit tritt und den Menschen zu seinem Thun unwiderstehlich treibt, so verkehrt ist es doch, dem Triebe als solchem, unter Voraussetzung der Möglichkeit des Wissens und Wollens, bei vorhandener Integrität der denkenden Allgemeinheit, eine solche unwiderstehliche Gewalt beizulegen. Jene Zustände setzen voraus, daß der Bruch des Geistes mit der Natur entweder noch nicht zu Stande gekommen, oder daß der Geist unter die Naturnothwendigkeit zurückgesunken, d. h. der Möglichkeit einen Trieb als solchen zu erkennen und sich gegen denselben für die Vernunft zu entscheiden, verlustig geworden sei. Dort kann es sich also gar nicht davon handeln, ob dieser oder jener Trieb unwiderstehlich, ob die Vernunft mehr oder minder mächtig gewesen sei, ihn niederzukämpfen; denn die denkende Allgemeinheit überhaupt ist als aufgehoben gesetzt, und der leichteste Trieb hat dieselbe Macht, wie der stärkste. Dies setzt aber voraus, daß, ganz abgesehen von dem bestimmten Triebe, aus welchem die Thätigkeit hervorgegangen ist, Ursachen nachgewiesen seien, durch welche die denkende Allgemeinheit überhaupt aufgehoben und die schlechthinige Unmöglichkeit, den Naturtrieben zu widerstehen, gesetzt wurde. Ganz etwas Andres ist es aber, wenn man unter Voraussetzung der Freiheit überhaupt, ohne anderweitigen Beweis der aufgehobenen denkenden Allgemeinheit, vielmehr unter dem Anerkenntniß, daß ein bestimmtes Subjekt andern Trieben oder etwa auch dem bestimmten Triebe bei minderer Intensität desselben zu

1) Feuerbach §. 90 not. f.

widerstehen fähig gewesen wäre, einen Trieb als solchen für unwiderstehlich erklärt und hieraus auf Aufhebung der Freiheit schließt. Diese Argumentation ist eine absolut verkehrte und hebt den Begriff der Freiheit geradezu auf, welche eben nur in der Möglichkeit, die sinnlichen Antriebe, auch die heftigsten, zu überwinden und sie der Vernunft unterzuordnen, besteht. Mit dieser Einsicht ist nun freilich nicht alles Schwierige in der Lehre von den zweifelhaften Seelenzuständen gehoben. Es ist damit nichts darüber entschieden, ob z. B. Pyromanie, Mordmonamanie u. dgl. [1]) als wirkliche Seelenstörungen anzuerkennen seien oder nicht. Aber soviel ist doch gewonnen, daß man für die Bejahung dieser Frage alle von der Unwiderstehlichkeit des Triebs hergenommenen Argumente unbedenklich zu verwerfen hat, daß man den Brandstiftungstrieb, Mordtrieb, Stehltrieb, die sogenannten Gelüste der Schwangeren u. dgl., so lange sie eben nur als unüberwindliche Triebe definirt werden, geradezu aus der Reihe der Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit streichen kann. Ob nun freilich die Schwangerschaft mit den daran sich schließenden weiteren Katastrophen, ob die Entwicklungsperioden des menschlichen Organismus, ob Epilepsie u. s. f. als Gelegenheitsursachen wirklicher psychischen Störungen anzuerkennen seien oder nicht, das ist dann eine andre Frage, deren entschiedene Feststellung weiteren anthropologischen Forschungen anheim gegeben werden muß. Aber es ist immerhin schon viel gewonnen, wenn die Wissenschaft wenigstens von jenen

1) Henke Abh. III. S. 223. Meyn in Henkes Zeitschrift Frg. Heft 14. S. 197. Flemming in Horns Arch. 1830. S. 256. Friedreich Handbuch der gerichtl. Psychol. S. 409 ff. Esquirol Note sur la monomanie homicide. Hoffbauer N. Arch. I. S. 602 ff. Vgl. Jarcke Zurechnung in zweifelhaften Gemüthszuständen. Clarus Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzustände. Heinroth Lehrbuch der Störungen des Seelenlebens.

Digitized by Google

vorgenannten Mißgeburten einer materialiſtiſchen Pſycho-logie gereinigt iſt. — Wie die Lehre von dem unwider-ſtehlichen Triebe, ſo iſt auch die von der ſogenannten mania sine delirio [1]) ſchon deshalb zu verwerfen, weil ſie mit dem Begriffe der Freiheit geradezu unvereinbar iſt. Ein Zuſtand, der weſentlich darin beſtehen ſoll, daß das Denken durchaus klar und ungeſtört von Statten gehe, dagegen das Willensvermögen unfrei ſei, iſt eine logiſche Unmöglichkeit, wie dies auch von Henke Abh. II. S. 341 ff. ganz richtig geltend gemacht wird. Die Gründe, womit nach Mittermaier a. a. O. die Aufſtellung der mania sine delirio als eines eigenthümlichen Aufhebungsgrundes der Zurechnung geſtützt werden ſoll, ſind auch in der That keine ſtichhaltigen. Die Behauptung von Friedreich, daß, obgleich in Bezug auf den ganzen Lebensproceß alle Seelenkräfte in einem innern organiſchen Zuſammenhange ſtehen, dennoch jede Kraft in ihren eigenthümlichen Ver-richtungen beſtehe und einer krankhaften Affektion unter-worfen ſeyn könne, während die übrigen in normaler Thätigkeit fortbeſtehen, trifft deshalb nicht, weil der Wille überhaupt keine Kraft iſt, die neben und auſſer dem Denken beſtände, die, wie Hegel ſagt, der Geiſt in einer andern Taſche hätte, als das Denken, vielmehr Wille und Intelligenz nur Seiten Einer Totalität ſind, die nicht ohne einander ſeyn können. Der Geiſt ſelbſt kann allerdings ſein beſſeres Wiſſen in ſeinem Wollen verläug-nen, allein nur eben dadurch, daß er ſelbſt den Trieb zu ſeinem Beſtimmungsgrunde macht, daß er ſeine Vernunft

1) Groos die Lehre von der mania sine delirio. Friedreich Hand-buch der gerichtl. Pſychol. S. 542. Chelius de alien volunt. Diez in Schneiders Annalen IV. S. 514. Vgl. Conradi Comm. de mania sine delirio. Esquirol Geiſteskrankheiten überſ. v. Bernhard. II. S. 52. Die ältere Literatur ſ. bei Berner a. a. O. S. 92.

niederdrückt und ſeine Reflexion mit der Sophiſterei der Leidenſchaft erfüllt. Eben darin iſt aber nur er ſelbſt freie Kauſalität; daß er dem Triebe folgt, iſt lediglich ſeine Sache. Sobald wir aber ſetzen, daß ihm die freie Selbſtbeſtimmung entzogen ſei, ſo negiren wir mit dem Wollen auch das Wiſſen. Denn das Wiſſen, um welches es ſich hier allein handeln kann, iſt das Selbſtbewußtſein des Geiſtes als des mit ſich indentiſchen Ichs. Wie könnte aber dieſes vorhanden ſeyn, wo der Inhalt der Willensbeſtimmung eben keine Beſtimmung des mit ſich identiſchen Ichs, ſondern die Wirkung einer Naturmacht ſeyn ſoll? So wenig ein gedankenloſer Wille möglich iſt, eben ſo wenig kann bei aufgehobener Selbſtbeſtimmung eine wirkliche Allgemeinheit des Selbſtbewußtſeins als vorhanden angenommen werden. Daraus folgt aber, daß, wo letztere wirklich, nicht etwa nur ſcheinbar vorhanden iſt, auch die Thätigkeit als Selbſtbeſtimmung genommen werden muß. Dabei darf dann den Beurtheiler das Gefühl des Zwangs, welches ſo oft die Verbrecher gehabt haben wollen, nicht irren. „Im Zuſtande der reinen Freiheit kann es keinen fremden Zwang, mithin auch kein Gefühl des Zwanges geben; in dem Grade aber, wie das Böſe ſeinen bleiernen Scepter auf ein unglückliches Geſchöpf niederſenkt und ſich ſeiner bemächtigt, muß natürlich ſchon ein ſolcher, der intellektuellen Natur entgegenwirkender, Druck empfindlich werden; umgarnen ſelbſtſüchtige Vorſtellungen zum erſten Male einen Sterblichen, ſo muß er nothwendig dieſe Anfeindung ſeiner intellektuellen Freiheit ſogleich fühlen, aber ſeine Willkühr wird dadurch nicht aufgehoben.“ (Berner a. a. O. S. 73, 74.) Mittermaier ſelbſt beſchreibt einen ſolchen Zuſtand ſehr richtig, wenn er (bei der Polemik gegen die amentia occulta) ſagt: „— — oder es liegt der Zuſtand eines Menſchen zum

Digitized by Google

Grunde, der mit den Vorsätzen des Verbrechens sich allmälig vertraut gemacht hat, in welchem aber der Kampf mit den abmahnenden sittlichen Vorstellungen einen Zwiespalt der Seele erzeugt, in welchem die aufgeregte, mit den verbrecherischen Bildern beschäftigte, Phantasie selbst durch Sinnestäuschungen den Verbrecher neckt (z. B. indem er Stimmen zu hören glaubt), bis endlich die auf das Höchste gesteigerte Begierde durch das rasch verübte Verbrechen sich Luft macht; hier ist kein Grund da, den Verbrecher nicht als zurechnungsfähig zu betrachten, da vielmehr jene Erscheinungen, die man als Zeichen der Geisteskrankheit ansieht, häufig die Beweise des vorhandenen inneren Kampfes und der Ueberlegung sind." Wenn dann ferner Groos[1]) auf Erscheinungen, wie das Erröthen, hinweist, die nicht als Produkte unsrer Wahl, zunächst körperlich wirkend, unsern Willen bestimmen und eine Verwirrung erzeugen, in welcher wir zwar unsrer Handlungen uns bewußt seien, aber dennoch anders handeln, als wir wollen, so ist es ganz richtig, daß solche Erscheinungen unwillkührlich, ja wider Willen eintreten, aber es ist verkehrt, hiebei von einer Handlung zu reden, und, wenn dies geschieht, so zeugt es nur von der häufig bei den mediciniſchen Schriftstellern vorkommenden Bewußtlosigkeit über das Wesen des Wollens und Handelns. Solche Erscheinungen, wozu allerdings auch sogar das unwillkührliche Denken gehört, stehen, wie Vatke richtig sagt, dem Willen nicht viel näher, als der Blutumlauf und Verdauungsproceß: eben deshalb aber können sie, wo es sich vom Willen handelt, auch nicht als Argument gebraucht werden. Noch weniger ist dies statthaft mit

1) Vgl. auch Groos Entw. einer philos. Grundl. für die Lehre von den Geisteskrankheiten. Derſ. Skepticismus in der Freiheitslehre.

krankhaften Erscheinungen, wie sie z. B. bei der Wasserscheu vorkommen; denn es versteht sich von selbst, daß das bei den Bethätigungen eines solchen Kranken sich vorfindende Bewußtsein nicht mehr das Bewußtsein des mit sich identischen Ichs ist, sondern eben nur die Empfindung des Verlusts dieses Bewußtseins, das Gefühl der über die intellektuelle Freiheit hereinbrechenden Naturmacht. Wenn daher Mittermaier hier fortfährt: „es war der große Fehler, welcher die Juristen oft irre führte, daß man da, wo Freiheit des Urtheils besteht, und der Handelnde das Bewußtsein dessen, was er thut, und des Gesetzes hat, auch schon die volle Zurechnungsfähigkeit annahm," — so beschuldigt er die Juristen ganz mit Unrecht; im Gegentheil macht er sich selbst, wie es scheint, einer Verwechslung des Bewußtseins überhaupt mit dem Selbstbewußtsein des mit sich identischen Ichs schuldig. Bewußtsein überhaupt kommt auch den Zuständen der Unfreiheit zu, ja selbst Reflexion ist ihnen häufig nicht abzusprechen. Aber ein gesundes, klares Selbstbewußtsein da statuiren, wo es von Handelnden nicht abhängt, so oder anders zu handeln, heißt das Undenkbare als möglich behaupten. Die Parallele, die Mittermaier mit den aus Zwang begangenen Handlungen zieht, ist um so unstatthafter, da sie, ganz abgesehen davon, daß sie nichts beweisen könnte, die große Unrichtigkeit enthält, daß derlei Handlungen die Zurechnung ausschließen, oder gar Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden involviren sollen. Ebensowenig trifft, nach dem oben Ausgeführten, die Berufung auf die Pyromanie, mania parturientium u. s. w. Uebrigens macht Mittermaier selbst das Zugeständniß, daß man in dem Momente, wo die Begierde durch den höchsten Grad der Krankheit auf das Höchste gesteigert sei, allerdings das Bewußtsein des Kranken als getrübt

Digitized by Google

annehmen müsse [1]). Wenn er aber gleichwohl behauptet, daß kein Wahnsinn zu Grunde liege, und daß der Handelnde noch immer das Bewußtsein seiner That überhaupt habe, so liegt hier theils wiederum die zuvor bemerklich gemachte Verwechslung in Beziehung auf das Moment des Bewußtseins zu Grunde, theils erhellt, daß er von verschiedenen Fällen aus argumentirt, nämlich einerseits von solchen, wo eine wirkliche psychische Störung vorlag, die vermeintliche ungestörte Verstandesthätigkeit aber in der That bloßer Schein war, andrerseits von solchen (wohin wir auch den von Mittermaier mitgetheilten unbedenklich zählen), wo kein delirium, aber auch keine mania, vielmehr die Handlung eines durchaus zurechnungsfähigen Subjekts vorlag, welches denn ganz mit Recht sagen konnte: „diejenigen, welche mich für einen Narren hielten, waren größere Narren, als ich." —

Nach Beseitigung dieser irrigen Ansichten scheint nun aber freilich der Streit nur in andrer Form wiederzukehren, sofern die Frage erhoben wird, inwiefern überhaupt das Leben des Geistes dem störenden, ja völlig vernichtenden Einflusse der Naturnothwendigkeit unterworfen sei. Denn es ist ein dem Materialismus nahe liegender Ausweg, dasselbe, was als Wirkung eines unwiderstehlichen Triebs oder einer mania sine delirio zurückgewiesen wurde, nun eben geradezu als Wirkung des Naturlebens wieder einzuführen. Indessen ist schon hiedurch sehr viel, nämlich ein geeigneteres Terrain, gewonnen, auf welchem man mit Thatsachen kommen muß und von bloß willkührlichen Hypothesen keine Wirkung erwarten darf. Mag es denn hier immer noch Zweifel

1) S. auch Note XX. zu Feuerbach §. 90 A. und seine Diss. de alien. mentis. und de princ. imputat.

Digitized by

genug erwecken, wenn Epilepsie, Entwicklungskrankheiten, Schwangerschaft, Gebären, Kindbett, wenn mit dem Heimweh verbundene Krankheitserscheinungen und Andres dergl. so unmittelbar und unbedingt, wie es nicht selten geschieht, als Ursachen der Unfreiheit ausgegeben werden, — so können doch solche Behauptungen sich nicht mehr mit Argumenten schützen, die aus der mißverstandenen Natur des Geistes selbst genommen sind, es muß vielmehr der Beweis wirklicher körperlicher Krankheit geliefert, und der schwerere Beweis einer dadurch wirklich verursachten psychischen Störung wenigstens versucht werden. Hiermit ist aber der Materialismus bereits aus der offensiven Stellung in die defensive zurückgewiesen. Dies ist aber ein Vortheil für die Wissenschaft des Strafrechts, weil nun wenigstens über das Verhältniß des Geistes zum Körper überhaupt feste Principien aufgestellt werden können, die, wenn sie auch nicht die positiv richtige Entscheidung jedes konkreten Falls verbürgen, doch wenigstens eine negative Schranke gegen die unbefugten Eingriffe der Medicin darbieten. Hieran ist es auch genug, und es wäre eine unbegründete Forderung, wenn man die Philosophie auch zu Ersterem verbindlich machen wollte. Diese hat vielmehr der Medicin die Aufgabe zu überlassen, alle diejenigen Krankheitserscheinungen nachzuweisen, welche als Gelegenheitsursachen geistiger Störungen vorkommen, und den Kausalzusammenhang sowohl überhaupt, als im bestimmten Fall darzulegen. Sie hat aber das Recht und darf dieses Recht durch das Organ der Justiz geltend machen, diesen Beweis auch in vollkommener Evidenz zu verlangen, daher sich nicht mit der Behauptung der bloßen Möglichkeit eines solchen Kausalzusammenhangs zu begnügen. Diese Möglichkeit an sich wird von ihr allerdings nicht geläugnet und kann nicht geläugnet wer-

den. Denn sie selbst sieht in der Seele nichts Anderes, als die einfache, sich auf sich zurückbeziehende Allgemeinheit des Körpers, den immanenten Zweck der gesammten einzelnen Organe. Da nun diese Organe den Gesetzen der Natur unterworfen sind, so muß begreiflicher Weise auch ihre immanente Totalität dem Einflusse der Naturnothwendigkeit ausgesetzt seyn, und psychische Störungen können nicht allein von der geistigen Seite ausgehen, sondern auch von somatischen Störungen verursacht werden. Allein diese Möglichkeit muß nun in den betreffenden Fällen als Wirklichkeit und Nothwendigkeit aufgezeigt und ferner darf dabei das allein wahre Verhältniß des Geistes zu seiner Natur nie auſſer Augen gesetzt werden. Dies besteht aber weder in einem Dualismus, noch in unmittelbarer Identität, sondern darin, daß der Geist die Identität seiner Natur ist. Darin liegt nämlich ebenso seine Negativität gegen dieselbe, wie daß sie an ihm als Moment, aber als ideelles Moment gesetzt ist. Vermöge dieses Verhältnisses ist der Geist seinem Wesen nach die Macht über seine Natur, sein Begriff ist seine Freiheit von der Natur und ihrer Nothwendigkeit. Wenn er nun gleich diese Freiheit erst in einer in die Zeit fallenden Entwicklung zur Aktualität bringen, und wenn er gleich der schon wirklich gewordenen Freiheit durch die Macht der Natur wieder beraubt werden kann, so ist doch selbst diese Beraubung nicht als eine Vernichtung, sondern nur als eine Wiederherabsetzung der Aktualität zur bloßen Potenz anzusehen, und es ist selbst dies nur als Ausnahme zu betrachten, die streng bewiesen werden muß.

§. 83.

Sofern nun die Aktualisirung der Freiheit einen in die Zeit fallenden Entwicklungsproceß voraussetzt, lassen sich zwei Gründe für das Nichtstattfinden der Zurechnungsfähigkeit an-

geben. Entweder ist nämlich 1) die potentielle Freiheit des Subjekts noch überhaupt nicht zur Wirklichkeit gekommen, oder ist 2) diese Wirklichkeit zwar vorhanden gewesen, aber wieder aufgehoben worden.

§. 84.

ad. 1) sind die Jugend, der Zustand eines ununterrichteten Taubstummen, angeborner Blödsinn, der Zustand eines schuldlos völlig Wilden als einzelne Formen aufzuführen. Was die Jugend betrifft, so ist es nicht richtig, wenn als Grund ihrer Unzurechnungsfähigkeit ihre Unfähigkeit, Recht und Unrecht zu unterscheiden, angegeben wird [1]). Denn hier wird Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit verwechselt; und nur soviel ist richtig, daß die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit des Menschen in einem viel späteren Zeitpunkte beginnt, als seine formelle Zurechnungsfähigkeit überhaupt [2]). Letztere nämlich ist vorhanden, sobald der Mensch wirklich zu denken beginnt und hiermit selbst Princip seiner Handlungen wird, was schon in früher Jugend stattfindet, nicht als ein Plötzlichhervortretendes, sondern als allmälige Entwicklung. Allein diese Zurechnungsfähigkeit hat für das Strafrecht keine Bedeutung, weil die Strafe, wie unten näher zu zeigen ist, den entwickelten Menschen voraussetzt, der das Bewußtsein der Schuld in seiner ganzen Fülle zu haben fähig ist. Gleichwohl setzt auch die erziehende Strafgerechtigkeit, welche es mit den Vergehen der Jugend zu thun hat, Zurechnungsfähigkeit überhaupt voraus. Mithin ist hier nur die frühste Jugend gemeint, in welcher der Mensch überall noch als reines Naturwesen thätig ist. Die näheren Bestimmungen dagegen über

1) Kitka N. Archiv. 1834. S. 117 ff. vergl. Rossi Traité II. S. 147 ff. Friedreich Handb. S. 363. Carmignani delle leggi, II. S. 157. Grolman Bibl. I. S. 40 ff.

2) Heffter §. 51. vergl. auch Mittermaier N. Arch. 1841. S. 155 ff. Schulze Psychische Anthropologie. S. 479.

Digitized by Google

den Anfangspunkt der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit des Menschen können erst an einer späteren Stelle erfolgen. Eben dasselbe ist auch hinsichtlich der andern Formen, besonders auch der Taubstummheit [1]) zu bemerken, die nur bei völligem Mangel an Unterricht als absoluter Grund der Zurechnungsfähigkeit gelten kann.

§. 85.

ad. 2) können Zustände unterschieden werden, welche vorübergehend die Zurechnungsfähigkeit aufheben, von solchen, welche sie permanent aufheben. Zu den ersten sind zu rechnen der höchste Grad des Affekts, die Trunkenheit, die Schlaftrunkenheit mit den ihr verwandten Zuständen, und der furor transitorius. Zu den letzten dagegen Blödsinn, Verrücktheit und Manie. Absolute Aufhebungsgründe sind jedoch nur der furor transitorius und die Manie. Die Affekte dagegen, wie die Trunk- und Schlafzustände, sind es nur relativ, sofern sie nur in gewissen Graden und auch dann nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht selbst wieder durch die Freiheit gesetzt sind, die Zurechnungsfähigkeit aufheben. Ebenso lassen Blödsinn und Verrücktheit immer noch die Möglichkeit der formellen Zurechnung übrig, wenn gleich von der kriminalistischen nicht die Rede seyn kann [2]).

Anm. — Der hier zuletzt statuirte Unterschied würde freilich hinwegfallen, wenn die Ansicht Heinroths richtig wäre, wornach auch die wirklichen Geisteskrankheiten als schuldvolle, mithin auf die Freiheit als Princip zurückführende, anzusehen seyn sollen. Da indessen diese Schuld von Heinroth selbst nicht als eine rechtliche, sondern als eine Sündenschuld bezeichnet wird, so kann von dieser

---

1) Friedreich Handb. S. 658. Kitka Zeitschr. f. östr. Rechtsgel. 1839. S. 146. Carmignani II. S. 181.

2) Berner a. a. O. S. 115 — 173.

Digitized by Google

Ansicht hier unbedenklich Umgang genommen werden. — Der Affekt[1]) hat mit den Trunk- und Schlafzuständen den Charakter der bloßen Relativität in dem oben angegebenen Sinne gemein. Denn einmal gehört er überall nur dann hierher, wenn er seinen Gipfelpunkt erreicht, wo er völlige Bewußtlosigkeit mit sich führt, — eine Wirkung, die nur gewissen Affekten, besonders dem Zorne, und auch diesen nur in ausserordentlichen Fällen zukommt; — und dann gehört der Affekt ganz besonders zu denjenigen Zuständen der Unfreiheit, welche mittelbar wieder ihr Princip in der Freiheit haben können; ja, man wird bei ihm sagen dürfen: haben müssen. Denn, wie sehr man auch die Seite der Unwillkührlichkeit am Affekte premiren mag, und so gern man zugeben kann, daß er ein Subjekt völlig auſſer sich zu bringen vermöge, so muß doch andrerseits darauf bestanden werden, daß in der gesunden Vernunft das Gegengift gegen solche Wirkung liege und deshalb in dem Hingerissenwerden immer ein sich Hinreissenlassen enthalten sei. Es wird daher auch beim höchsten Grade des Affekts zwar der dolus, nicht aber die culpa wegfallen; und ebendeshalb würde der Affekt aus der Reihe der Gründe der Zurechnungsunfähigkeit ganz gestrichen werden müssen, wenn es nicht Fälle (die des sog. gerechten Affekts) gäbe, in welchen durch den Veranlassungsgrund des Affekts das kulpose Moment desselben absorbirt wird. — Wenn hiermit der Affekt den absoluten Aufhebungsgründen am fernsten zu

---

1) s. Henke Abh. II. S. 302. Rossi II. S. 194. Hellie Théorie du code pénal. II. S. 229. Elvers prakt. Arbeiten S. 245. Kitka östr. Zeitschr. 1839. S. 153. Kant Anthropologie §. 64. Schulze Psychische Anthropologie. S. 360 ff. A. Henke Lehrb. §. 274. Friedreich Handb. S. 826 ff.

Digitized by Google

stehen kommt, so stehen diesen die Schlafzustände[1]) am nächsten. Denn, wenn allerdings die Vernunft ein Präservativ gegen den Affekt ist, das man haben kann, wenn man es nur haben will, so ist sie es nicht ebenso gegen den Schlaf und die damit zusammenhängenden Trübungen des Bewußtseins. Nur vom Zustande des Nachtwandelns, sofern derselbe die Natur hat, periodisch einzutreten, läßt sich sagen, daß die darin begangenen Thaten mittelbar auf culpa zurückgeführt werden können, — wenn nämlich das Subjekt seinen Zustand gekannt und die pflichtgemäßen Vorkehrungen im wachen Zustande unterlassen hat. Dagegen wird das, was in der Schlaftrunkenheit oder im Traum begangen wird, niemals auch nur mittelbar auf Selbstbestimmunng reducirt und daher diese Zustände mit dem furor transitorius[2]) in eine Linie gestellt werden können. Der Affekt ist eine höchst intensive Steigerung des wachen Lebens, dessen Grundlage das Selbstbewußtsein ist; der Schlaf dagegen ist der Bruder des Todes, er macht das Selbstbewußtsein und das Wissen von der Aussenwelt aufhören, er versenkt den Geist in das substantielle Naturleben zurück. — In der Mitte zwischen dem Affekt und den Schlafzuständen stehen sodann die Trunkzustände[3]). Die Trunkenheit mit den Graden, die

---

1) J. C. Meisters Urtheile und Gutachten. Nro. 1. Heinroth Lehrb. II. S. 268. Friedreich Handb. S. 805. 809. Hellie Théorie II. S. 230. A. Henke Lehrb. §. 279. §. 281. Schulze Psych. Anthropol. S. 485. 595 ff. Mende Hdbch. der gerichtl. Medicin IV. S. 270. Weber Psychische Anthropologie §. 203.

2) Henke Abh. V. S. 161. Friedreich Handb. S. 591.

3) Heinroth Lehrbuch der Seelenstörungen II. S. 272. Mittermaier N. Arch. XII. S. 1 — 52. und die dort Angef. besonders Rossi Traité du droit pénal II. p. 188. Carmignani II. S. 284. Friedreich Handb. S. 726. Niccolini Quist. di diritto I. S.

Digitized by Google

ſich bei ihr unterſcheiden laſſen, iſt dem Affekte ähnlich, ſofern das darin Begangene ſich gleichfalls wieder mittelbar auf die Freiheit, ſei es nun dolus oder culpa, reduciren läßt, dies darum, weil ſich zu betrinken, keine unwillkührliche Sache iſt; dagegen tritt gegenüber dem Affekte der Unterſchied ein, daß bei der Trunkenheit der Anfangspunkt der Zurechnungsunfähigkeit nicht erſt mit dem eintretenden Stadium der Bewußtloſigkeit, d. h. mit dem Schlaf, zu ſetzen iſt, ſondern ſchon dann, wenn zwar noch Bewußtſein vorhanden, aber der innere Zuſammenhang deſſelben aufgehoben iſt, dies darum, weil bei der Trunkenheit Natururſachen wirkſam werden, die im beſtimmten Fall die Gegenwirkung der Vernunft ausſchließen und daher mit ihrem Eintreten das Subjekt in die Unmöglichkeit verſetzen, den Verluſt des Bewußtſeins aufzuhalten. Wie daher die Trunkenheit im Anfange ihres Verlaufs dem Affekt ſich zuneigt, ſo neigt ſie ſich mit der andern Hälfte dem Schlafe zu. Allein von dieſem unterſcheidet ſie ſich wieder dadurch, daß die durch ſie herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit niemals für eine abſolute gelten kann. Was ſodann die von Clarus [1]) ausgehobenen Arten der Trunkfälligkeit betrifft, ſo darf man wohl die inhumanitas, wie die dipsomania ebriosa, als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit nicht gelten laſſen, da nicht nachgewieſen werden kann, daß bei den betreffenden Subjekten das Selbſtbewußtſein und das Bewußtſein der Auſſenwelt fehle, und eben ſowenig, daß ihre Thätigkeit eine durch Naturnothwendigkeit beſtimmte ſei [2]). Auch

250 ff. Elvers prakt. Arbeiten. S. 345. Weber Pſych. Anthrop. S. 449 ff. Hoffbauer Pſychologie. §. 190 ff. Brühl-Cramer über die Trunkſucht.

1) Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzuſtände. S. 118 ff.

2) A. M. Friedreich S. 780.

Digitized by Google

hinsichtlich der hallucinatio [1]) bemerkt Clarus mit vollkommenem Rechte: daß Sinnesirrthümer, Sinnestäuschungen und Sinnenwahn, sie mögen nun infolge des Mißbrauchs starker Getränke, oder aus irgend einer andern Ursache entstanden seyn, in der Zurechnungsfähigkeit im Allgemeinen gar nichts verändern, weil die Seele durch diese einzelnen irrigen Wahrnehmungen und von Aussen ihr vorgespiegelten Bilder in ihrem Vermögen, alle übrigen Vorstellungen in sich aufzunehmen und wirksam zu machen, mithin nach Maßgabe derselben vernünftig zu urtheilen, durchaus nicht gehindert wird [2]). Dagegen muß man allerdings zugeben, daß durch die sog. vesania ebriosa, wie sie Clarus als letztes Stadium der Trunkfälligkeit schildert, sowie durch das delirium tremens die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, wie denn ja diese Zustände nicht mehr bloß den Uebergang zu den wirklichen Geisteskrankheiten bilden, sondern solche schon selbst sind. — Daß nun durch diese [3]), welche oben nach Rosenkranz klassificirt sind, die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, braucht nicht weiter demonstrirt zu werden, daher es an einigen Bemerkungen über einzelne Punkte

1) Vgl. Hagen die Sinnestäuschungen in Bez. auf Psychologie. Esquirol des illusions chez les aliénés. Clarus a. a. O. S. 134 ff.

2) Vgl. Jarke die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung durch unfreie Gemüthszustände S. 81 ff.

3) Literatur in Feuerbachs Lehrb. 13te Ausg. §. 90. n. g. §. 90 a. n. dd. Darunter besonders Hoffbauer Unters. über d. Krankh. d. Seele. Heinroth Lehrb. der Störungen des Seelenlebens. Neumann die Krankheiten des Vorstellungsvermögens. Clarus die Zurechnungsfähigkeit des Mörders Woyzek. Jarke, Gros, Friedreich a. a. O. Esquirol Allg. u. spec. Pathologie übers. v. Hille. Friedreich Darstellung der Theorien über das Wesen psych. Krankheiten. Visini u. Kitka a. a. O.

Digitized by Google

genügen mag. Der Blödsinn gehört, sofern er als angeborner Blödsinn vorkommt, nicht hierher, sondern, gleich dem Zustand eines ununterrichteten Taubstummen, unter die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit wegen noch nicht entwickelter Freiheit. Es gilt in dieser Beziehung von ihm, was oben von der Jugend angegeben wurde, daß Zurechnungsfähigkeit bei ihm möglich ist, aber keine für das Strafrecht praktische. Er kann aber auch erst später entstanden seyn, und in dieser Form gehört er hierher. Daß es auch einen partiellen Wahnsinn [1]) gebe, ist als unzweifelhaft zu betrachten, ebenso, daß bei totalem Wahnsinn lichte Zwischenräume vorkommen [2]); hierbei kann nun aber kein Zweifel seyn, daß Handlungen in solchen lichten Zwischenräumen, sowie Handlungen eines partiell Verrückten, die nicht im Kausal-Zusammenhang mit seiner Narrheit stehen, durchaus nicht als unzurechenbar betrachtet werden dürfen [3]). Aber freilich wird theils in solchen Fällen die Beweisfrage schwierig und hierin die größte Vorsicht nothwendig seyn, theils wird sich wiederum wegen Unanwendbarkeit des vollen Begriffs der Schuld eine kriminelle Strafe nicht rechtfertigen, daher auch hier die Zurechnungsfähigkeit überhaupt von der kriminalistischen unterschieden werden muß [4]).

2. Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels am Thatmoment.

§. 86.

Da der Begriff der Zurechnung in der Rechtssphäre auf dem Begriffe der Handlung beruht, so setzt er wesentlich das

1) Friedreich Handb. S. 556. N. Arch. XIV. S. 271.
2) Derſ. N. Arch. a. a. O.
3) Jarke a. a. O.
4) Friedreich Handbuch S. 599 Mittermaier in der 13. Ausg. von Feuerbach. §. 90. a.

Digitized by Google

Thatmoment voraus, und muß daher hinwegfallen, wo es an diesem Momente fehlt. Hierin liegt nun ein wesentlicher Unterschied der rechtlichen Zurechnung von der moralischen, die auch das bloß Gewollte, Innerliche zu ihrem Gegenstande hat. (Berner, a. a. O. S. 66. 67.)

3. Aufhebung der Zurechnung wegen mangelnder Vermittlung zwischen Willen und That.

§. 87.

Es kann Wissen und Wollen vorhanden seyn und ein Thatmoment vorliegen; gleichwohl aber die Zurechnung unmöglich seyn, weil es an der Vermittlung zwischen Willen und That gebricht. Als Aufhebungsgründe dieser Vermittlung aber ergeben sich 1) äußere Gewalt, 2) Irrthum, 3) Zufall.

§. 88.

1) Ein rechtsverletzender Erfolg kann dem Subjekt nicht zugerechnet werden, wenn er eine demselben schlechthin äußere, fremde Kausalität hat, zu welcher sich der Mensch auf keine Weise als sich selbst bestimmendes Subjekt, sondern nur als unselbständiges Mittel verhält. Dies ist der Fall, wenn die Gewalt der Natur, die Leiblichkeit des Menschen bezwingend, ihn als bloßes Naturobjekt wirken läßt, sei es nun mittelst mechanischer, oder mittelst organischer Kräfte, ebenso wenn dieselbe Art von äußerlich zwingender Bestimmung von einer fremden Subjektivität ausgeht, zu welcher sich das fragliche Subjekt als selbstloses Werkzeug verhält.

Anm. Die vis major naturae wird von Berner a. a. O. S. 53 ff. ohne Grund unter die Rubrik des Zufalls gestellt, indem er unmittelbaren Zufall und Zufall in den Folgen unterscheidet. Im Resultate macht dies nun zwar keinen Unterschied; aber richtiger scheint es, nur die letztere Art von willenlosem Geschehen unter

Digitized by

den Zufall zu ſtellen, woraus ſich dann eine richtigere Gliederung der in dieſe Sphäre gehörigen Aufhebungsgründe der Zurechnung ergiebt. Bei der Gewalt fehlt es nämlich an der Vermittlung des Thatmoments mit dem Willen, beim Irrthum an der Vermittlung mit dem Wiſſen, während beim Zufall die Vermittlung mit beiden zugleich aufgehoben iſt. Ueberdies iſt gar kein Grund da, zwiſchen der Naturgewalt und der von einem fremden Willen ausgehenden Gewalt zu unterſcheiden, ſofern durch beiderlei Arten von Gewalt zwingend auf die Leiblichkeit eines Menſchen eingewirkt und dieſe dadurch zu einer ſelbſtloſen Thätigkeit beſtimmt wird. In beiden Fällen iſt dieſes Subjekt, um deſſen Thun es ſich eben handelt, zum bloßen Mittel und Werkzeug einer ihm fremden und äußerlichen Kauſalität herabgeſetzt und deshalb wird ihm in beiden Fällen ſein Thun, als auf keine Weiſe aus Selbſtbeſtimmung hervorgegangenes, nicht zugerechnet. Hievon abgeſehen, iſt es treffend, wenn Berner bei der Naturgewalt weiterhin die Kräfte unterſcheidet, durch welche ſie wirkſam werden kann, und bei Gelegenheit der organiſchen Kräfte insbeſondere an die Thätigkeit der mit der Waſſerſcheu Behafteten erinnert, welche allerdings hierher gehört. In der von einer fremden Subjektivität ausgehenden Gewalt liegt übrigens allerdings, wie Michelet [1]) richtig zeigt, der Uebergang zum Irrthum. — Die Möglichkeit eines pſychiſchen Zwangs [2]), wodurch die „innere Willkühr“ aufgehoben werden ſoll (unerträgliche Körper- oder Seelen-Qualen, Drohungen, Nothſtand) muß verworfen werden.

---

1) Syſtem der Moral. S. 25.

2) Bauer, Abh. I. S. 258. Feuerbach, §. 91 und Mittermaier in den Noten dazu.

§. 89.

2) Kann dem Subjekt der rechtsverletzende Erfolg seines Thuns nicht zugerechnet werden, wenn zwar Wille und That in Vermittlung waren, dagegen die Vermittlung der That mit dem Wissen fehlte. Das Princip des Handelns liegt hier zwar nicht, wie im vorigen Falle, außerhalb des Subjekts, sondern es liegt in ihm selbst; aber es liegt nur formell in ihm, nur in seinem Wissen, welches im Gegensatz zu seinem Willen, und zwar in einem durch die Objektivität determinirten Gegensatze sich befindet. Hiemit ist schon ausgesprochen, a) daß hier nur von dem Wissen um die äußern Umstände der Handlung die Rede sein könne; denn nur ein Irrthum in Thatsachen kann seine Kausalität in der Objektivität haben, weil die empirische Kenntniß der objektiven Außenwelt allerdings nicht mit dem Wesen des Geistes identisch und eben darum zufällig ist, während es mit dem sogenannten Rechtsirrthum, worüber unten, ganz anders sich verhält; b) daß es sich hier nur von einem unvermeidlichen Irrthum handeln kann, weil nur von einem solchen sich sagen läßt, daß hier das Wissen des Subjekts durch die Objektivität determinirt, durch die ursprüngliche Fremdheit der Objekte als ein irriges gesetzt worden sei.

Anm. — „Weil das bestimmende Princip des freien Handelns das Wissen oder jenes nichts als das zur Objektivität sich bestimmende Wissen selbst, dieses Wissen aber im gegebenen Falle ein von außen in das Objekt nothwendig sich reflektirender Schein ist, so beruht die That formell zwar auf dem Willen des Subjekts, aber dieses ist ein bloßer Scheinwille und jene hat in Wahrheit ihr Princip außer der Subjektivität, nämlich im objektiven Scheine, und ist unzurechenbar." Wirth.

I. S. 131. [1]) — Ueber den Rechtsirrthum [2]) wäre man ohne Zweifel ſich klarer geworden, als es häufig der Fall iſt, wenn man ihn, wie es ſich gehört, aus der Lehre von der formellen Zurechnung entfernt und an der rechten Stelle abgehandelt hätte. — Wie die Gewalt, ſo iſt übrigens auch der Irrthum nur relativ Aufhebungsgrund der Zurechnung, da es die Schuld des Subjekts ſelbſt ſeyn kann, ſich in die Lage verſetzt zu haben, worin er entweder als Mittel einer fremden Kauſalität oder in Folge des in ſein Wiſſen reflektirten Scheins eine Rechtsverletzung hervorbrachte. — Endlich iſt noch zu bemerken, daß natürlich der Irrthum das Prädikat der Freiwilligkeit nur inſoweit an der Handlung auslöſcht, als ſie durch die falſche Vorausſetzung bedingt iſt; ein Satz, von dem übrigens bei Berner a. a. O. S. 64 ff. theilweiſe unrichtige Anwendungen gemacht ſind. Näheres darüber unten §. 109.

§. 90.

3) Bei der Gewalt iſt nicht die Vermittlung zwiſchen Wiſſen und Thun, wohl aber zwiſchen Willen und Thun unmittelbar aufgehoben. Beim Irrthum iſt der Wille formell identiſch mit dem Thun, aber es fehlt an der Vermittlung des Thatmoments mit dem Wiſſen. Beides nun, Wiſſen und Wollen, in Gegenſatz zu dem Thatmoment geſetzt, dieſer Gegenſatz hiemit zum bewußten Widerſpruch geſteigert, ſtellt ſich im Zufall dar. Hiernach iſt auch die durch äußere Gewalt, wie die durch Irrthum determinirte Thätigkeit des Subjekts für dieſes ſelbſt, d. h. indem es den in ſeinem Thun liegenden Bruch der Subjektivität und der Objektivität ſich zum Bewußtſein bringt, Zufall. Denn das Thatmoment, der Erfolg, angeſehen als ein gegen die Subjektivität Anderes,

1) Mittermaier, Note 1. zu Feuerbach. §. 57,

2) Derſelbe, a. a. O. Note 2.

es sei nun mit dem formalen Willen noch identisch oder nicht, erscheint als das Zufällige gegen das Subjekt, als zufälliger Erfolg, d. h. als eine Wirkung, die zwar in objektivem, nicht aber in subjektivem Zusammenhang mit dem Subjekte steht. Allein der Bruch zwischen Subjektivität und Objektivität bleibt nicht bloß dieser einfache, unmittelbare. Vielmehr liegt es in der Natur der endlichen Handlung, in welcher sich das Subjekt dem objektiven Weltzusammenhange preisgiebt, daß der Zufall sich in's Unbestimmte fortsetzen, d. h. daß auch an ein mit Wollen und Wissen vermitteltes Thun zufällige Folgen sich anknüpfen können, sofern zu dem subjektiven Willen weitere Ursachen im äußern Weltzusammenhange hinzutreten, welche seinem Wissen fremd blieben und fremd bleiben mußten. Dieser Zufall in den Folgen, welcher als Zufall im e. S. herausgehoben werden kann, vereinigt somit in sich das Moment der Gewalt und das des Irrthums, sofern hier eine fremde Kausalität wirkt, von welcher vorausgesetzt wird, daß sie sich im Wissen des handelnden Subjekts nicht reflektirt habe und nicht habe reflektiren können. Sofern eine solche zufällige Folge sich an eine wirkliche Handlung hängt, stellt sie den objektiv, wie subjektiv existirenden vollständigen Widerspruch zwischen der Objektivität und Subjektivität dar.

Anm. 1) — Aus dem Begriffe des Zufalls folgt von selbst, daß eine, obwohl zufällige, Folge der Handlung wie der Vorsatz selber angesehen werden muß, wenn die Handlung in der Hoffnung vollbracht wird, daß jenes Ereigniß daraus folgen werde; denn in diesem Falle ist es ja vor dem Handeln im Subjekt gesetzt gewesen. (Michelet, a. a. O. S. 52. Oersted, Grundregeln §. 36.).

2) Hier, beim Schlusse der Lehre von der Aufhebung der Zurechnung, mag zugestanden werden, daß die Kriminalisten sehr häufig im Ausdrucke nicht die gehörige

Genauigkeit beobachten, wodurch allerdings Verwirrung entstehen kann. Allein gleichwohl haben sie die schon mehr berührten Vorwürfe, die ihnen Luden macht, nicht verdient, und es ist vielmehr zu behaupten, daß seine eigenen Behauptungen in dieser Materie keineswegs dazu dienen, sie im begriffsgemäßen Lichte erscheinen zu lassen. — Er wirft namentlich Feuerbach vor, daß seine Lehre von der Zurechnung an argen Widersprüchen und Inkonsequenzen leide. Feuerbach behauptet nämlich §. 84: die Anwendung des Strafgesetzes sei bedingt durch das Dasein eines gesetzwidrigen Willens, auf welchen die objektiv strafbare That durch die Zurechnung bezogen werde; der äußere und innere Zustand einer Person aber, vermöge welches ihr eine That zugerechnet werden könne, sei die Zurechnungsfähigkeit. Im §. 88 fährt er dann fort: der Zustand einer Person, in welchem für dieselbe die Möglichkeit aufgehoben gewesen, entweder überhaupt nach Willkühr zu handeln oder ihre Willkühr den Strafgesetzen gemäß zu bestimmen, schließe die Strafbarkeit nur unter der Voraussetzung aus, daß nicht nur 1) die Möglichkeit eines gesetzwidrigen Willens aufgehoben war in unmittelbarer Beziehung auf die rechtswidrige That, d. h. bei und während ihrer Begehung, sondern auch 2) daß dem die unmittelbare Zurechnung ausschließenden Zustande nicht selbst ein gesetzwidriger Wille, Dolus oder Culpa zu Grunde liege. [1]) — An dieser Darstellung kann mit Recht ausgesetzt werden, daß der Ausdruck Zurechnungsfähigkeit, der nur für die subjektiven Gründe der Aufhebung der Zurechnung paßt, verallgemeinert und für alle, auch die objektiven Aufhebungsgründe genommen ist, so daß der

1) Vgl. über diese sog. actiones liberae in causa Grolman §. 51. n. 6. Oersted, Grundregeln, §. 38. Feuerbach, Kritik des Kleinschrod'schen Entw. II. S. 80 ff.

Digitized by Google

falſche Schein entſteht, als ob ein Menſch, der durch äußere Gewalt oder Irrthum zu einem rechtsverletzenden Thun beſtimmt wird, zurechnungsunfähig wäre. Wenn Luden dies tadelt, ſo hat er vollkommen Recht. Aber er geht weiter, und wird gegen Feuerbach ungerecht. Er findet nämlich einen Widerſpruch zwiſchen den beiden angef. §§. „Entweder," ſagt er, „iſt der Zuſtand der Zurechnungsfähigkeit zur Strafbarkeit ſchlechterdings erforderlich: und alsdann kann nichts darauf ankommen, auf welche Weiſe Jemand in unzurechnungsfähigen Zuſtand gerathen, ob mit oder ohne eigene Verſchuldung. Oder das Eintreten oder Nichteintreten der Strafbarkeit iſt davon abhängig, ob Jemand ſelbſt Schuld daran habe oder nicht, daß er ſich in unzurechnungsfähigem Zuſtande befindet: und alsdann darf man den Zuſtand der Zurechnungsfähigkeit nicht als abſolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufſtellen." Abh. II. S. 209. Die Einwendung trifft nicht, weil Feuerbach keineswegs die Zurechnungsfähigkeit als abſolutes Erforderniß der Strafbarkeit läugnet, ſondern nur behauptet, daß der gegentheilige Zuſtand nicht abſoluter, ſondern nur relativer Strafaufhebungsgrund ſei. Er hat auch damit ganz Recht; und das von Luden aufgeſtellte Dilemma iſt falſch. Denn daraus, daß überall nur ein Zurechnungsfähiger geſtraft werden kann, folgt nur, daß ein Zurechnungsunfähiger ſtraflos bleiben muß, keineswegs aber folgt daraus, daß jeder Grund der Zurechnungsunfähigkeit dies auf abſolute Weiſe ſei; vielmehr, wenn es bloß relative Gründe der Zurechnungsunfähigkeit giebt, und es zeigt ſich im konkreten Fall, daß die Zurechnungsunfähigkeit keine abſolute iſt, ſo iſt ja eben damit bewieſen, daß das Subjekt zurechnungsfähig iſt, und es wird mithin dem erſteren Grundſatze auf keine Weiſe etwas abgebrochen. Eben ſo wenig folgt daraus, daß die Entſcheidung, ob ein Grund

der Zurechnungsunfähigkeit absolut oder nur relativ gewirkt habe, von der Schuld des Subjekts abhängig gemacht wird, im Mindesten, daß man den Zustand der Zurechnungsfähigkeit nicht als absolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufstellen dürfte; denn in dem Falle, wo das Subjekt selbst durch seine Schuld den gegentheiligen Zustand herbeigeführt hat, wird ja eben vorausgesetzt, daß das Subjekt in Wahrheit nicht als zurechnungsunfähig, sondern als zurechnungsfähig zu betrachten, oder — um eine von Luden sonst beliebte Unterscheidung zu gebrauchen — daß die faktische Zurechnungsunfähigkeit juristisch als Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei. Zu den ungeeigneten Ausdrücken, deren sich Feuerbach hier bedient, gehört freilich ganz besonders der Ausdruck Zustand. Denn dieser drückt Passivität aus, während es sich bei der ganzen Frage wesentlich um die Aktivität handelt, daher es denn allerdings sonderbar klingt, von einem Zustand der Passivität zu reden, der mittelbar als Aktivität betrachtet werden soll. Allein gerade den Ausdruck Zustand findet Luden so wenig anstößig, daß er vielmehr diesen zur Grundlage seiner eigenen Ansicht macht. Ihm ist nämlich die Zurechnungsfähigkeit überhaupt ein Zustand, in welchem das Subjekt sich entweder befindet oder nicht befindet; ein Zustand, dessen Begriff ihm von dem Begriffe der Handlung ganz und gar unabhängig ist. Allein eben hiedurch wird eine Verwirrung in die Begriffe gebracht [1]), während bei Feuerbach nur eine Verwirrung in den Ausdrücken vorhanden ist. Denn Luden selbst versteht unter Zurechnungsfähigkeit ganz richtig die Bedingung, unter

1) Vgl. Stübel Thatbestand §. 112. Dagegen Bauer Abhandl. I. S. 227 und die dort Angef.

Digitized by Google

welcher einem Subjekt Schuld zugeschrieben werden kann. Indem er aber aus dem Begriff der Handlung ausdrücklich das Moment der Zurechnungsfähigkeit des Subjekts ausschließt, so statuirt er, daß auch ein unzurechnungsfähiges Subjekt handeln, und zwar mit dolus und culpa handeln könne. Da nun aber dolus und culpa nichts anderes als die Arten der Schuld sind, so statuirt er die Möglichkeit einer Schuld, die doch auch wieder nicht Schuld sein soll. Will er diesen Widerspruch vermeiden, so muß er offenbar unter Schuld etwas Weiteres verstehen, das zu dem dolosen oder kulposen Handeln erst noch hinzu kommen muß, um dasselbe strafbar zu machen. Fragt man dann, was wohl dieses Weitere seyn werde, so wird die Antwort seyn: die Freiheit dieses Handelns. So richtig dies nun im Resultat ist, so falsch ist es doch, unter der Voraussetzung der Unfreiheit überhaupt von Willen und Handlung, und vollends von dolus und culpa zu reden, wobei man sich in der That gar nichts denken kann. Es ist damit aus dem Begriffe der Handlung die Seele hinweggenommen und ihr organisches Leben zum mechanischen Räderwerk gemacht, das eben dadurch die Unwahrheit selbst wird. Eben eine ganz mechanische Betrachtungsweise ist es denn auch, die Freiheit und Unfreiheit für Zustände anzusehen, d. h. den Menschen als ein Natursein zu betrachten, während sein Seyn doch nur seine Aktivität, nur das ist, wozu er selbst sich macht. Davon ist es die natürliche Folge, wenn nur entweder Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit angenommen und das mittlere Dritte, die relative Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen wird. Gerade dies macht die Ansicht praktisch bedenklich. Die Unzurechnungsfähigkeit wird als reiner Zustand genommen, bei dem dann weiter

von Schuld gar keine Frage seyn soll. Offenbar ist hiemit dem Materialismus der Aerzte Thür und Thor geöffnet. Dies erscheint aber um so sonderbarer, als Ludens Bestreben erklärtermaßen vielmehr dahin geht, die Beurtheilung der Fälle, in welchen die Zurechnung nicht wegen wahrer Seelenstörungen ausgeschlossen ist, möglichst den Aerzten zu entziehen. Zu diesem Behufe brauchte es aber seiner Neuerungen in der Imputationslehre so wenig, daß vielmehr von diesen gerade der umgekehrte Effekt zu erwarten wäre. Allein dieselben sind auch völlig unnöthig, wie denn ja Luden selbst S. 210, 211 zugiebt, daß er im rechtlichen Resultate nicht von den getadelten Schriftstellern abweiche. Luden substituirt dem Ausdruck: Aufhebungsgrund der Zurechnung die Ausdrücke: Gründe, welche die Handlung, — Gründe, welche den verbrecherischen Willen ausschließen. Nach allem bisher Ausgeführten ist dies nun wesentlich gar nichts Neues; und nur die Worte sind andere. Denn auch Luden will von keiner Zurechnung wissen, wenn es an der Handlung, z. B. wegen vis absoluta fehlt, oder wenn kein verbrecherischer Wille angenommen werden kann. Wenn er also diese Gründe ausserhalb der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit rubricirt und nun noch speciell von Gründen der Unzurechnungsfähigkeit spricht, so begeht er insoweit nur den Fehler, das Zusammengehörige auseinanderzureißen, wobei sich dann das sonderbare Problem ergiebt, den Unterschied zwischen den Gründen, welche die Zurechnungsfähigkeit und denjenigen, welche den verbrecherischen Willen ausschließen, aufzufinden. Allein die Unnatürlichkeit einer solchen Auffassungsweise muß freilich auch in den einzelnen Behauptungen ihre nachtheiligen Folgen äussern, und hieran fehlt es denn auch bei Luden keineswegs. Zwar, was

Digitized by Google

die äussere Gewalt betrifft, so läuft die ganze Polemik auf leeren Wortstreit hinaus. Denn, wenn Feuerbach die Gewalt als Grund der Zurechnungsunfähigkeit aufführt, dabei aber die Einschränkung macht, daß diese unverschuldet seyn müsse, so sagt er damit nichts anderes, als: äussere Gewalt sei nur ein relativer Grund der Aufhebung der Zurechnung, d. h. sie sei es nur dann, wenn die Gewalt absolut gewirkt, wenn ihre Wirksamkeit nicht wieder mittelbar im Willen, in der Schuld des Subjekts ihr Princip gehabt habe, in welchem Falle das Thun des Menschen nicht als selbstloses Thun, sondern als Handlung anzusehen sei. Ist es aber etwa etwas Anderes, wenn Luden (allerdings vollkommen richtig) sagt: „in Wahrheit kann von absoluter Gewalt gar nicht die Rede seyn, wenn Jemand durch eigene Verschuldung in einen Zustand gerathen war, in welchem die verbrecherische Erscheinung von ihm hervorgebracht werden mußte; denn es geschieht eben alsdann nicht durch äussere Gewalt, sondern durch seine eigene Handlung, daß die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht wurde.“? — Zwei Seiten vorher wird aber gegen Feuerbach und Hefftter deshalb polemisirt, weil sie eine in der Trunkenheit begangene Rechtsverletzung wegen Selbstverschuldung des unfreien Zustandes für strafbar erklären. Ist nun darin irgend eine Konsequenz? Im einen Fall ist die Thätigkeit durch äusserlich, im andern Fall durch innerlich wirkende Naturgewalt bestimmt. Nimmt man nun im einen Fall die Strafbarkeit wegen Selbstverschuldung des Zustandes an, warum denn nicht auch im andern? Im Handbuche S. 284 not. 6 ist gesagt: „wenn die bis zur Bewußtlosigkeit gehende Trunkenheit eine verschuldete ist, so könnte die Trunkenheit nur als selbstständiges Verbrechen

Digitized by Google

in Betracht kommen, welches aber alsdann in gleichem Maße vorhanden seyn würde, auch wenn gar keine rechtswidrigen Erfolge in derselben hervorgebracht worden wären." Allein diese Argumentation würde ja eben sowohl die zuvor angeführte Behauptung hinsichtlich der durch äussere Gewalt vermittelten rechtsverletzenden Thätigkeit treffen. Denn hier könnte man mit demselben Rechte einwerfen: Wenn Jemand strafbar seyn soll, weil er selbst daran Schuld hat, daß er bei einem Verbrechen zum Werkzeuge diente, so würde nur das Sich in jenen Zustand versetzen das Strafbare, und zwar müßte es dies auch dann seyn, wenn durch die Einwirkung äusserer Gewalt in der That kein rechtsverletzender Erfolg hervorgebracht worden wäre. Um also bei dem Beispiele der Karolina stehen zu bleiben, welches Luden anführt: der Barbier, der einen Menschen, statt in seiner Stube, auf der Gasse bedient, müßte strafbar seyn eben nur wegen der Wahl dieser Lokalität, und zwar auf die gleiche Weise, ob er nun, gestoßen von einem Vorübereilenden, seinem Kunden den Hals abschneidet, oder ob er ihn unversehrt aus seinen Händen entläßt. Läßt man aber in diesem Falle eine solche Konsequenz als eine absurde nicht gelten, so darf man sie auch in dem andern nicht vorbringen, wo die Bedingungen ganz dieselben sind, nur daß es sich statt einer äusserlich einwirkenden von einer innerlich bestimmenden Naturgewalt handelt. Daß dies aber gleichwohl geschieht, daraus erhellt, daß die von Luden beliebte Neuerung gerade gar nicht dazu dient, das Gebiet der strafbaren Handlungen gegen die Einwürfe der materialistischen Psychologie zu schützen. — Was die Kindheit, den Blödsinn, die Verwahrlosung u. dgl. betrifft, so hat allerdings Luden Recht, wenn er die Aus-

Digitized by Google

ſchließung der Strafbarkeit nicht durch Zurechnungsunfähigkeit begründet haben will. Denn Kinder, Stumpfſinnige ꝛc. ſind alle zurechnungsfähig lange, ehe ſie zur peinlichen Beſtrafung fähig werden; auch iſt die Bemerkung ganz treffend, daß der Anfangspunkt der kriminaliſtiſchen Zurechenbarkeit für ſolche Zuſtände, die in der erſt ſich entwickelnden Vernunft und Freiheit ihren ſpecifiſchen Charakter haben, nach der Art der Verbrechen variirt. Allein nicht nur iſt es abenteuerlich, wenn hier, wie auch ſonſt, die Behauptung aufgeſtellt wird, daß mit der Bezeichnung dieſer Zuſtände als zurechnungsunfähiger die Beurtheilung derſelben den Aerzten in die Hand geſpielt würde, ſondern man kann auch den von Luden angegebenen Grund der Strafloſigkeit nicht gelten laſſen. Dieſer ſoll in der Unfähigkeit liegen, ſich eine Vorſtellung von der verbotenen Handlung zu machen, indem das Kind, der Stumpfſinnige ꝛc. ſich die Einwirkung nicht vorzuſtellen vermöge, die mit der Handlung auf die Auſſenwelt hervorgebracht werde. Allein es iſt klar, daß eine ſolche Unfähigkeit auch allen korrektiven Strafzwang aufheben würde. In der That findet ſie aber auch nicht in der behaupteten Ausdehnung ſtatt, und die Kinder wären ſchlimm daran, wenn die Geſetzgebungen jenen Grund adoptiren ſollten. Denn, ſobald das Kind zu denken anfängt, beginnt es auch wirklich zu wollen und kann verbrecheriſche Vorſätze faſſen, d. h. ſich zu einem Thun entſchließen, wovon es weiß, daß es verboten iſt. Aber gleichwohl darf keine peinliche Strafe verhängt werden, weil dieſe den mündig gewordenen Menſchen vorausſetzt, bei dem einer allgemeinen Norm zufolge angenommen werden kann, daß der Geiſt genug erſtarkt ſei, um die in die werdende Freiheit ſich kontinuirenden Reize der äuſſeren und inneren Natur zu

Digitized by

überwinden. Eben deshalb wurde oben Zurechnungsfähigkeit überhaupt von der vollen, kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit unterschieden und nur letztere der Jugend und den mit ihr verwandten Zuständen abgesprochen. — Ferner unterscheidet nun Luden solche Gründe, aus welchen die Vorstellung aufgehoben werde, eine mit der verbotenen Handlung im Kausalzusammenhang stehende Handlung zu begehen, unter welcher Rubrik Bewußtlosigkeit und Irrthum aufgeführt werden. Bei der Bewußtlosigkeit ist denn vornämlich vom Affekt, von den Schlaf- und Trunkzuständen die Rede. Erstrer wird aus der Reihe der Aufhebungsgründe der Strafbarkeit ganz gestrichen, von den übrigen genannten Zuständen aber behauptet, daß sie die verbrecherische Willensbestimmung aufheben und deshalb in Ansehung der Handlungen, die in denselben begangen werden, nichts darauf ankomme, ob Jemand mit oder ohne seine Schuld in einen solchen Zustand gerathen sei. Eben dies ist nun die sehr gefährliche Seite der neuen Lehre, sofern man nämlich eine konsequente Festhaltung des Princips in Aussicht hat. Indessen kommt man doch auch hier schließlich mit dem bloßen Schrecken davon, wenn man sogleich auf der andern Seite liest, daß der Verf. denn doch den Begriff der sog. actiones liberae in causa wieder zu Gnaden annimmt, indem er sagt: „Dagegen sind von den Zuständen der Bewußtlosigkeit wohl zu unterscheiden die Handlungen, durch welche sich Jemand in einen solchen Zustand versetzte; wenn der bewußtlose Zustand in der Art mit der verbotenen Handlung im Kausalzusammenhange steht, daß sie aus demselben hervorgehen muß oder kann, so steht sie auch im Kausalzusammenhange mit der Handlung, durch welche sich Jemand in einen solchen Zustand versetzte.“ Man darf wohl fragen, worin

der Unterschied dieser Darstellung von der gewöhnlichen bestehen soll, die Luden so hart angreift? Der einzige entdeckbare liegt darin, daß er zur culpa jedesmal Bewußtsein des möglichen rechtsverletzenden Erfolgs verlangt, während die gewöhnliche Lehre diese Forderung nicht macht. Aber in Beziehung auf die in Rede stehende Frage, ob Bewußtlosigkeit ein absoluter oder relativer Grund der Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit oder Strafbarkeit sei, ist diese Differenz völlig gleichgiltig. Nach beiden Ansichten ist die Bewußtlosigkeit kein absoluter Aufhebungsgrund, sondern ist es nur insofern, als das bewußtlose Thun nicht selbst wieder auf die freie Selbstbestimmung des Subjekts als Princip reducirt werden kann. Eben dies liegt aber darin, daß sich Jemand durch seine eigene Schuld in den bewußtlosen Zustand versetzte, und das Eigenthümliche an Ludens Behauptung besteht nun weiter nur darin, daß er diese culpa in engere Grenzen einschließt, indem er zu ihr das Bewußtsein des möglichen Kausalzusammenhangs als Requisit fordert. Hiernach ist aber kein Grund abzusehen, warum es unrichtig seyn sollte, zu sagen: nur unverschuldete Bewußtlosigkeit schließe die Zurechnung der im bewußtlosen Zustande ausgeübten Thätigkeit aus; und die ganze Polemik läuft auf einen bloßen Wortstreit hinaus. Ganz ebenso verhält es sich mit der von Luden über den faktischen Irrthum aufgestellten Behauptung, sofern er nur die culpa beim verschuldeten Irrthum enger faßt, als es gewöhnlich geschieht. Wenn aber die gewöhnliche Doktrin, durch die verschuldete Bewußtlosigkeit und den verschuldeten Irrthum die Zurechnung nicht aufgehoben werden läßt, so hat dies nicht den Sinn, als ob sie in dem Betrinken oder Irren an sich das Strafbare sähe, sondern sie findet die Schuld

Digitized by

nur eben darin, daß sich das Subjekt freiwillig in einen Zustand setzte, von dem es wußte oder hätte wissen können, daß es darin leicht rechtsverletzende Erfolge hervorbringen könne. Somit ist nur die Bestimmung des Umfangs der Schuld bei Luden neu, keineswegs aber die Bestimmung des Grundes, aus welchem in solchen Fällen Zurechnung angenommen wird. Er bringt nun zwar gegen die gewöhnliche Lehre wiederholt noch den Vorwurf vor, sie begehe den Widerspruch, von Gründen der Zurechnungsunfähigkeit zu reden und doch gegen solche Zurechnungsunfähige Strafen zu verhängen. Allein es ist doch wahrlich ganz dasselbe, wenn er die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit in Gründe des Mangels an verbrecherischem Willen umtauft und nun ganz auf die gleiche Weise behauptet, daß diese Gründe die Natur der Relativität an sich haben, daß also auch das Thun eines Bewußtlosen oder faktisch Irrenden strafbar seyn könne! Indem er aber freilich den auf die gedachte Weise umgetauften Gründen der Zurechnungsunfähigkeit die Relativität zugesteht, so statuirt er für die noch übrig bleibenden Gründe, die er allein als solche gelten läßt, das Gegentheil. Indem er nun von diesen behauptet, daß der Richter nicht befugt sei, über ihr Dasein oder Nichtdasein zu entscheiden, so giebt er gerade das Hauptfeld den Aerzten preis und thut dies sogleich mit der Konzession, daß sie als absolute Richter über die Freiheit angesehen werden sollen. Dies aber ist das praktisch Gefährliche an seiner Ansicht, da hiemit alle sogenannten zweifelhaften Seelenzustände für gute Prise der gerichtlichen Medicin erklärt werden [1]). Und freilich läßt sich nicht wohl ein andres Resultat von einer Lehre

1) S. darüber vorläufig Berner a. a. O. S. 301 — 310.

Digitized by Google

erwarten, welche Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit für Zustände erklärt, über deren unmittelbare Existenz hinaus kein Urtheil erlaubt sei, die gleich anderem natürlichem Dasein nur eben einfach fertig vorhanden und reiner Gegenstand der unmittelbaren Anschauung seien [1]).

Anm. 3. Der eben angeführten mechanischen Behandlung der Hauptfragen in der Imputationslehre schließen wir die Erwähnung einer neuerlich auf dem Gebiete der Medicin hervorgetretenen Ausführung an, die den denkenden Kriminalisten sehr interessiren muß, wenn sie auch nicht im Stande seyn sollte, ihn vollständig zu befriedigen. In einem Aufsatze über psychische Reflexaktionen sucht nämlich Dr. Griesinger [2]) Parallelen zwischen den Aktionen des Rückenmarks und denen des Gehirns, als Organs der psychischen Erscheinungen im e. S., hervorzuheben und an normalen und abnormen Erscheinungen nachzuweisen. Indem er es nämlich unternimmt, zu zeigen, daß centripetale und centrifugale Aktionen am Rückenmark und am Gehirn nicht verschiedenen Gesetzen unterthan seien, und daß in Bezug auf Uebergang centripetaler in centrifugale Erregung eine merkwürdige Harmonie zwischen den mehr oder weniger bewußten Aktionen des Gehirns selbst (Vorstellungen und Strebungen) und zwischen den Empfindungs- und Bewegungserscheinungen der Centralorgane bestehe, und indem er hiemit über das Verhalten des Bewußtseins zu den übrigen Reflexen Aufschluß zu geben verspricht, so betritt er ein Gebiet, auf dem gerade

---

1) Vgl. Heffter §. 72.

2) Archiv für physiologische Heilkunde von Roser und Wunderlich. 1843. S. 76 ff.

die wichtigsten Fragen der Imputationslehre, vor allen die über das Verhältniß des Geistes zu seiner eigenen Natur, woraus das Princip über die zweifelhaften Seelenzustände zu entnehmen ist, sich bewegen. Zwar behauptet nun der Verf. gleich im Eingange, mit einem zweideutigen Seitenblicke auf die Philosophie, daß die Entwicklung und Deutung derjenigen Erscheinungen an den Organismen, welche man die psychischen nenne, gerade wegen ihres Organischseyns ganz allein dem Naturforscher zustehe. Allein so gewiß der Philosophie jede geistreiche Forschung auf dem Gebiete der Physiologie des Menschen nur erwünscht kommen kann, so wenig kann und wird sie sich doch durch solche einseitigen Protestationen ihr Recht verkümmern lassen, dem empirischen Naturforscher seine Grenze ihrerseits aufzuweisen und den Punkt festzuhalten, wo die Schlüsse aus somatischen und psychischen Erscheinungen, als eingreifend in die Philosophie des Geistes, berechtigt zu seyn aufhören. So lang es sich nur um das geist-leibliche Leben handelt, wird also der physiologischen Entwicklung und Deutung psychischer Erscheinungen ihr vollkommenes Recht bleiben, umsomehr, als sie hier eben für einen wesentlichen Theil der Philosophie, die Naturlehre des Geistes, dienstbar ist. Wo aber das punctum saliens, der Uebergang von der Seele zum Geist eintritt, da wird die bloß empirische Betrachtung und Erklärung der Phänomene um so weniger als eine berechtigte anerkannt werden dürfen, als es gerade das Wesen dieses Uebergangs ist, daß der Geist seine Negativität gegen seine Natur erkennt und sich gegen sie in sich selbst zurückzieht, um sofort dieses sein eigenthümliches Selbstbewußtsein erst der Natur einzubilden. Eben um diesen Punkt bewegt sich aber der vorliegende Aufsatz, daher es angemessen erscheint, — hier etwas näher

auf denſelben einzugehen. — Heben wir vorerſt die Reſultate heraus, ſo ſcheint es, als ob zwiſchen der hier dargelegten Anſicht über die Freiheit und den Gedanken des Verf. eine unausfüllbare Kluft ſich befinde. Denn nicht nur, daß er offen bekennt, er ſei kein Spiritualiſt, was er aber freilich nur inſofern ausſpricht, als er ſich von der ſomatiſchen Theorie über die Seelenſtörungen losſagt, — ſondern er ſagt unumwunden: „Unter der Bezeichnung: Reflexaktion begreift man das Uebergehen ſenſitiver Eindrücke in motoriſche im Rückenmarke; unter dem Namen: pſychiſche Reflexaktion wollten wir eine Aktion des Gehirns, die Uebergänge von Vorſtellungen in Strebungen, theils inſofern ſie bewußt, theils unbewußt ſind, näher betrachten. Beim Rückenmarke kennt man nahezu mit Sicherheit die Theile, welche Empfindung, und die, welche Bewegung vermitteln; beim Gehirne hat man noch kaum eine Ahnung von einer ähnlichen Unterſcheidung der Organe nach ihrer Funktion. Wir wiſſen nicht, welchen ſeiner Theile die einzelnen Akte, in die die pſychiſche Thätigkeit zerfällt, zukommt; aber wir treiben den Materialismus ſo weit, daß wir glauben, der künſtlich komplicirte Bau des Gehirns ſei nicht bloß des anatomiſchen Intereſſes wegen da, ſondern er ſtelle die organiſchen Apparate zur Aufnahme der centripetalen Eindrücke, zu ihrer Umarbeitung in Vorſtellungen, zu deren Zerſtreuung und Kombination, zu ihrem Uebergange in Strebungen und zur Entladung der Bewegungsimpulſe dar. In der That, weder an Selbſtachtung, noch an Menſchenliebe wird man ärmer, indem man ſich klar macht, daß Vorſtellen und Streben das Reſultat organiſcher Proceſſe ſind, und daß es ſchon irrthümlich iſt, das Verhältniß mit den Worten auszudrücken: das Gehirn ſei das Werkzeug, das materielle Subſtrat

der Seele." Hiemit ist wohl entschieden genug ausgesprochen, daß der Verf. sich das Leben des Geistes, Intelligenz und Willen, nur als eine quantitative Steigerung, eine verfeinerte Potenz des allgemeinen, organischen Naturlebens denkt, und es scheint eine Unmöglichkeit, bei ihm das Anerkenntniß der Willensfreiheit zu suchen. Gleichwohl sieht man sich angenehm überrascht, wenn man wirklich dieses Anerkenntniß, wenn schon nicht in seiner vollen Stärke und Reinheit, wenn man überhaupt mehr als Einen Anknüpfungspunkt findet, an dem die Philosophie dem Verf. die Hand bieten und seinen physiologischen Kombinationen eine ihren Grundsätzen angemessene Seite abgewinnen kann. — Der Verf. beginnt mit einer in der Sonnenferne des Bewußtseins stehenden Reflexaktion, die der scheinbaren Ruhe oder vielmehr den mittleren Thätigkeits-Graden des sensorischen und motorischen Systems angehört und auf den ersten Blick ganz ohne Theilnahme der Seele vor sich zu gehen scheint, — dem Tonus der Muskeln, des Zellgewebs und der Gefäße. Derselbe wird, sagt er, von einem Zustande des Rückenmarks als Ganzem bestimmt, und zwar bildet sich dieser Zustand offenbar nur aus den centripetalen Eindrücken der sensitiven Nerven, die theils in unser Bewußtsein fallen, theils nicht. Beide Arten von Eindrücken geben zusammen die Summe aller Erregungen des Centralorgans. Das Centralorgan hält aber diese Eindrücke nicht in ihrer den einzelnen Fasern entsprechenden Sonderung fest, sondern in ihm, als Ganzem, bildet sich in jedem Momente ein aus allen zusammen herausgekommenes mittleres Facit der Erregung, und eben dieser mittlere Zustand scheinbarer Ruhe ist es, der den Tonus unterhält und regulirt. Offenbar müssen also die sensitiven Eindrücke im Centralorgan einem Processe unter-

Digitized by Google

worfen seyn, durch welchen ihre Besonderheit zum größten Theile aufgehoben wird, sie unter sich zusammen geleitet, vermischt, kombinirt und in dem ganzen Organ so verbreitet werden, daß eben ein Zustand des Ganzen als Facit daraus hervorgeht (Vorgang der Zerstreuung). Ein zweiter Akt des Central-Organs ist sodann die motorische Anregung — für den Tonus, wie für die Muskelbewegung. Ihre Stärke und die Gewohnheit ihrer Richtung werden gleichfalls vom Zustande des Organs als Ganzem regulirt; Empfindungen und Vorstellungen bestimmen aber die Besonderheit der Bewegung im konkreten Falle. Auch die Vorstellungen haben ihre Quelle in centripetalen Eindrücken, und diese sind es wieder, auch bei Bewegung in Folge von Vorstellung, von denen in letzter Instanz die motorischen Antriebe abhängen." — Dem eben angeführten Processe entspricht nun nach der Ansicht des Verf. der gleiche, der im Gehirne vor sich geht. Indem nämlich die centripetalen Eindrücke theils direkt (Sinnesorgane), theils indirekt (vom Rückenmarke aus) in das Gehirn zerstreut werden, werden sie dort, durch eine weitere Veränderung, zur Quelle der Vorstellungen. Auch mit den Vorstellungen geht nun im Gehirn derselbe Proceß der Zerstreuung vor, woraus sich wieder ein mittlerer Zustand scheinbarer Ruhe bildet, von dem Intensität oder Gewohnheit der Richtung der Aktionen abhängt, ein Tonus des Vorstellungsorgans, aus welchem hervor oder durch welchen hindurch wieder eine der motorischen des Rückenmarks entsprechende Aktion hervorgeht. — Um zu diesem Resultate zu führen, baut der Verf. eine Stufenleiter von den bewußtlosen Bewegungen durch die halbbewußten hinauf bis zu den völlig bewußten. Er beginnt mit den Reflerbewegungen enthaupteter Thiere niedriger Ordnung und zeigt, daß bei

Digitized by

dieſen die normalen Bewegungen im unverletzten Zuſtande von den Reflerbewegungen weſentlich nicht verſchieden ſeien. Auch bei jenen nämlich könne kaum von Vorſtellungen und Wollen im eigentlichen Sinne die Rede ſeyn; ſie ſtehen unter dem einfach in der Organiſation ſelbſt liegenden Geſetze der Zweckmäßigkeit; die Sinneseindrücke ſeien es, welche hier, wahrſcheinlich noch in ihrer Qualität als Empfindungen und kaum zu Vorſtellungen verarbeitet, die Harmonie und das im einzelnen Falle Zweckmäßige der Bewegungen durch ſtete Berichtigung etwaigen Irrthums hervorbringen. Die Zweckmäßigkeit der nach der Enthauptung erfolgenden Reflerbewegungen ſei aus der Gewohnheit zu erklären. — Höhere Thiere zeigen nun keine ſolchen zweckmäßigen, aus der Gewohnheit zu erklärenden, Reflerbewegungen nach der Enthauptung mehr; bei ihnen werden die Bewegungen im normalen Zuſtand bereits nicht mehr von der unmittelbaren Empfindung, ſondern von der aus ihr hervorgegangenen Vorſtellung beſtimmt; die Wahl der Bewegungen und die Zweckmäßigkeit ihrer Ausführung falle bei ihnen bereits der Vorſtellung, dem was man den Willen des Thiers nenne, anheim. — Als weitere Stufe zwiſchen den eigentlich willkührlichen und den reinen Reflerbewegungen führt der Verf. diejenigen an, welche zwiſchen beiden in der Mitte ſtehen, welche wohl oft inſtinktmäßige genannt werden, aber nicht mit Recht ſofern Wiederholung und Gewohnheit bei ihnen eine weſentliche Rolle ſpielen. Von den reinen Reflerbewegungen unterſcheiden ſie ſich darin, daß ſie doch ſtets, gleichſam aus der Ferne, von den Vorſtellungen überwacht werden, und dieſe in jedem Augenblick fördernd oder hemmend auf die Bewegung einwirken können. Allein willkührlich ſind ſie auch nicht, ſofern die beſtim-

Digitized by Google

mende Vorstellung jedenfalls nur eine sehr dunkle, nicht in's Bewußtsein getretene heissen kann. — „Wie nämlich (damit macht nun der Verf. den Uebergang zu den willkührlichen Bewegungen) — wie das Rückenmark stets von einer unendlichen Menge centripetaler Eindrücke aus der Aussenwelt und dem eigenen Körper geladen, gleichsam von ihnen angefüllt ist, und doch nur ein sehr kleiner Theil von ihnen als Empfindungen bewußt wird, so muß man sich auch das Gehirn immer mit einer Menge seiner specifischen Energie adäquater Erregungen (Vorstellungen) geladen denken, deren unendliche Mehrzahl in dunkler Ruhe beharrt, während nur wenige intensere an das Licht des Bewußtseins heraustreten." Das Bewußtsein sei nämlich nicht als etwas zu den Vorstellungen Hinzutretendes zu betrachten, sondern es beruhe eben auf der Intensität, Stärke und Klarheit der einzelnen Vorstellung, daß sie sich aus der ruhenden Masse bewußt hervorhebe. „Der Unterschied zwischen unbewußter, halbbewußter, und bewußter Vorstellung wäre demnach eigentlich ein bloß quantitativer; — aber er schlägt an einem gewissen Punkte in eine Qualitätsänderung um." Wie schon angeführt, so nimmt nun der Verf. auch bei den bewußten Vorstellungen einen „Vorgang der Zerstreuung" an, dem durch keine Willensanstrengung Einhalt gethan werden könne. Aus der ganzen Masse der zerstreuten und unter sich kombinirten Vorstellungen bilde sich dann im Gehirn ein Zustand scheinbarer Ruhe, der die Kraft und die Gewohnheit der Richtung der psychischen Bewegung, der Bestrebung, regulire (der Verf. bezeichnet diesen psychischen Tonus durch: Gemüth und Charakter). Wie der Vorgang der Zerstreuung, so wiederholt sich aber ferner auch der zweite, der Uebergang der Erregung in motorische

Anregung. „Wie ſich nun die bewußte Vorſtellung von der unbewußten und dunkeln nicht durch ein ſpecifiſch neu dazu Gekommenes unterſcheidet, ſondern das Bewußtſein eben auf der Intenſität der Vorſtellung beruht, ſo kann auch der Uebergang einer ſolchen Vorſtellung in eine Beſtrebung ſo intens werden, daß er ſelbſt in's Bewußtſein fällt, und man gibt dieſem Vorgange alsdann den Namen: Wollen." Wollen überhaupt, d. h. Uebergang bewußter Vorſtellungen in bewußte Beſtrebungen, kann nun auch den Thieren zugeſchrieben werden. Die Freiheit des Willens aber, welche wohl vom Wollen ſelbſt zu unterſcheiden iſt, iſt nichts, was dieſem irgendwo an ſich inhärirte; ſie iſt vielmehr nur die Möglichkeit, andere Vorſtellungen und Beſtrebungen auf die eben im Fluſſe befindliche einwirken zu laſſen, und jene andern Vorſtellungen innerhalb gewiſſer Grenzen ſpontan, aber auch nicht nach willkührlichen, ſondern genau beſtimmten Geſetzen hervorzurufen. Dieſe Freiheit des Willens iſt nun beim Menſchen, auch beim allerwildeſten, unendlich viel größer, als beim gebildetſten Thiere, aus dem einfachen Grunde, weil er unendlich viel reicher an Vorſtellungen, einer Menge ſolcher fähig iſt, welche das Thier gar nie haben kann. Je vielſeitiger und ausgebildeter die Vorſtellungen werden, je leichter ſie im konkreten Falle von der im Fluſſe befindlichen hervorgerufen werden, gleichſam ſich um dieſe gruppiren, deſto größer iſt die Wahl unter ihnen, deſto freier die Handlung, — Denken macht frei." Der Uebergang der bewußten Vorſtellungen in Beſtrebung aber beruht, wie der Verf. ſagt, ganz wie die Reflexaktion in Rückenmarke, auf organiſchem Zwang und Drange, nur in dieſem Uebergange erreichen wir das Ziel der Vorſtellung, die Verwirklichung unſres geiſtigen Ichs; überhaupt aber muß als

letzter, ja einziger Zweck der Organismen nur eben die Aeusserung der in der organisirten Materie liegenden Kräfte, die allseitige Darstellung und Erfüllung ihrer Organisation selbst angesehen werden.

Nachdem wir im Bisherigen den Gedankengang des Verf. möglichst treu und größtentheils mit seinen eigenen Worten wiedergegeben haben, so glauben wir denselben in dem Satze zusammenfassen zu können, daß Intelligenz und Wille nur die intensivste Steigerung des organischen Processes überhaupt, nur die höhere Form des auch in den Funktionen des Rückenmarks, Empfindung und Bewegung, sich bethätigenden, immanenten Seelenlebens seien. Dabei scheint es, daß der Verf. Seele und Geist als identisch nehme, wie er denn auch die ganze Abhandlung mit den Worten schließt: „wir erkennen, daß unsre psychische Individualität, wie unser ganzer übriger Organismus, langsam sich entwickelt, und daß unsre Seele nicht ein ursprünglich fertiges Produkt der Natur, sondern ein gewordenes ihrer eigenen Geschichte ist." — Da er nun auch kein Bedenken trägt, die Seele fast geradezu mit der organisirten Materie zu identificiren, so scheint hier freilich der Materialismus in bester Form vorzuliegen. Gleichwohl kann man in seiner Darstellung einige Momente nicht wohl übersehen haben, die sich hiermit nicht zusammen reimen lassen und die, wenn sie irgend konsequent durchgeführt werden, der ganzen Darstellung ein andres Gepräge geben. Während nämlich allerdings das erklärte Bestreben darin dahin geht, die psychischen Processe nur als quantitative Steigerungen der allgemeinen natürlichen organischen Funktionen erscheinen zu lassen, bringt der Verf. doch wiederholt und mit Nachdruck die Behauptung vor, daß der quantitative Progreß an einer gewissen Stelle in eine Qualitätsänderung umschlage. Fer-

Digitized by Google

ner ſagt er ſchon von den zwiſchen den reinen Reflexaktionen und den willkührlichen Bewegungen in der Mitte liegenden inſtinktmäßigen oder halbwillkührlichen, halbunwillkührlichen Bewegungen, ihr Charakteriſtiſches ſei, daß durch Vorſtellung und daraus hervorgehende Strebung in jedem Augenblicke fördernd oder hemmend auf ſie eingewirkt werden könne. Noch unumwundener ſpricht er ferner bei den bewußten Vorſtellungen von einer ſtattfindenden Freiheit der Wahl, von wirklich ſpontanen Strebungen. Er ſagt, daß durch Denken der Menſch frei werde und andrerſeits das freie Wollen und Handeln, die Verwirklichung des geiſtigen Ichs, das Ziel des Denkens ſei, worin der Menſch ſeine Beſtimmung erreiche. — Die Frage wird nun eben ſeyn, ob die eben ausgehobenen Sätze mit der Grundanſicht des Aufſatzes zuſammenbeſtehen können, oder nicht? Und dieſe Frage wird ohne Zweifel verneinend beantwortet werden müſſen. — Was zuvörderſt das Umſchlagen des quantitativen Prozeſſes in eine Qualitätsänderung betrifft, worin allerdings das punctum saliens der ganzen Frage liegt, ſo iſt der Verf. jeden näheren Nachweis darüber ſchuldig geblieben, und man fragt ſich vergebens, was man ſich darunter zu denken habe, wie denn auch der Verf. ſelbſt doch immer wieder ſagt, „eigentlich" ſei der Unterſchied ein bloß quantitativer und beſtehe nur darin, daß der centripetale Eindruck zur Empfindung, dieſe zur unbewußten Vorſtellung, die unbewußte zur dunkeln und die dunkle zur bewußten Vorſtellung ſich ſteigere. In Wahrheit iſt ihm alſo das Denken nichts qualitativ Anderes, als die centripetalen Eindrücke auf das Rückenmark. Daraus folgt aber von ſelbſt, daß auch der Wille „eigentlich" nichts qualitativ Anderes ſeyn kann, als die kümmerlichſte Reflexbewegung. Wenn nun gleichwohl von Freiheit des

Willens die Rede ist und in dieser ohne Zweifel die Qualitätsänderung liegen soll, so fragt sich nur, ob dieser Begriff dem Verf. völlig klar geworden sei? Zwar spricht er nun deutlich aus, daß die Freiheit des Willens in der freien Möglichkeit der Wahl bestehe, d. h. daß der menschliche Wille in keiner Weise genöthigt sei, gerade diese oder jene bestimmte Vorstellung hervorzurufen und in Strebung übergehen zu lassen. Allein dieser Wahlfreiheit scheinen folgende Bestimmungen entgegenzustehen: 1) indem der Verf. auch bei den Thieren einen Willen annimmt, sofern er sagt, daß die Freiheit des Willens nichts diesem irgendwo an sich Inhärirendes, daß sie beim Menschen nur viel größer, als beim Thiere sei, so scheint der ganze Begriff der Qualitätsänderung wieder in Nichts zu verfließen; 2) die Freiheit soll zwar in Spontaneität bestehen, aber die Wahl selbst theils nur innerhalb gewisser Grenzen, theils nach genau bestimmten Gesetzen stattfinden. Es erschwert aber offenbar das Verständniß, daß der Verf. es nicht für gut gefunden hat, seine eben an den schwierigen Punkten eintretenden „eigentlich" und „gewissen Punkte" oder „gewissen Grenzen" u. s. f. etwas näher zu bestimmen. Zwar, was den zweiten Punkt betrifft, muß dem Verf. allerdings Recht gegeben werden, wenn er nichts weiter sagen wollte, als daß die Wahlfreiheit auf den konkreten Inhalt des Selbstbewußtseins überhaupt beschränkt sei. Aber seine Behauptung behält gleichwohl etwas Schiefes dadurch, daß er eben diesen Inhalt des Selbstbewußtseins als ein Gegebenes annimmt und den Willen als schöpferisches Princip dabei ausschließt, so als wäre die größere Bildung, der größere Reichthum der Intelligenz nur Produkt des nothwendigen organischen Wachsthums und etwa auch der äusseren Verhältniße, kurz reine Wirkung des endlichen Kausalitätsgesetzes. Dies

Digitized by Google

hängt aber freilich auf's Genauſte mit der Behauptung ad 1) zuſammen, wornach die Steigerung des Willens an ſich zum freien Willen eben doch wieder nur als quantitativer Progreß dargeſtellt wird, innerhalb deſſen dann die angenommene Wahlfreiheit als eine wunderliche Zuthat erſcheint, die alles Nervs entbehrt und konſequenter Weiſe verworfen werden muß. Denn, ſoll es mit der Wahlfreiheit, mit der Willkühr in der Hervorrufung der Vorſtellungen und der daraus hervorgehenden Strebungen ernſtlich gemeint ſeyn, ſo muß es auch wirklich zu jener Qualitätsänderung kommen, von welcher der Verf. eine unausgeführte Andeutung giebt. Der freie Wille muß erkannt werden als etwas von dem Wollen der Thiere und dem unwillkührlichen oder halbwillkührlichen Wollen des Menſchen ſpecifiſch Verſchiedenes; oder, wie es deutlicher lautet, es muß zur Unterſcheidung von Trieb und Willen kommen, zur Unterſcheidung der vom natürlichen Seyn bedingten, aus der natürlichen Organiſation hervorgehenden Bewegungsimpulſe und derjenigen, durch welche jene (die Triebe) gefördert oder gehemmt werden können, und welche, eben weil ſie dieſe Fähigkeit haben ſollen, nothwendig auch ein andres Princip haben müſſen, als jene. Wird dies nicht anerkannt, ſo bleibt die Behauptung, daß eine Qualitätsänderung eintrete, und daß Freiheit des Willens ſtattfinde, nicht nur bloße Behauptung, ſondern ſogar eine Unmöglichkeit. Denn dieſe Freiheit, welche die Möglichkeit ſeyn ſoll, den natürlichen Fluß der Vorſtellungen zu unterbrechen, kann offenbar nicht daſſelbe Princip haben, wie dieſer natürliche Fluß ſelbſt. So gewiß ſie auch an dem Umfang des konkreten Selbſtbewußtſeins, der in einem beſtimmten Individuum ruhenden Maſſe von Vorſtellungen ihre Grenze hat, ſo gewiß ſie auch ſelbſt wieder beſtimmten Geſetzen unter-

Digitized by Google

worfen ist, so muß sie doch gegenüber allen durch die natürliche Nothwendigkeit bedingten Funktionen und Erscheinungen sich selbst negativ verhalten, sich von ihnen unterschieden setzen und ihr Princip als eigenthümliches gegen sie geltend machen. Denn, wenn es sich umgekehrt verhielte, so wäre sie eine leere Selbsttäuschung, entsprungen aus der Nichtkenntniß der Gesetze der Ideenassociation. Daß aber der Verf. dies nicht annimmt, dafür liegt der Beweis darin, daß er ausdrücklich von dem „spontanen Hervorrufen" von der „Wahl" andrer Vorstellungen spricht. Man muß also dafür halten, daß es hiermit wirklich Ernst sei. Allein dann folgt nothwendig, daß auch mit der Behauptung von der eintretenden Qualitätsänderung Ernst gemacht werden muß. Fragen wir uns nun, was wohl den Verf. hiervon abgehalten habe, so kann der Grund wohl nur darin liegen, daß er um keinen Preis die Einheit des Organismus aufgeben und darum lieber die Seele für organisirte Materie erklären will, ehe er zugäbe, daß Intelligenz und Wille auf einem wesentlich anderen Principe beruhen, als die Functionen des Rückenmarks. Gegen diesen Grund haben wir auch nichts einzuwenden, da wir am wenigsten gemeint seyn können, die höchste Bestimmung des Menschen in etwas Andrem, als darin zu suchen, daß er aus Freiheit die Bestimmung seines eigenen, innersten Wesens erfülle. Gleichwohl muß eben deswegen der bloß quantitative Progreß des Verf., sein unmittelbarer Parallelismus zwischen den psychischen Erscheinungen und den Reflexerscheinungen angefochten werden. Denn auf diesem Wege ist es schlechthin unmöglich, zu einer denkbaren Vorstellung der Freiheit zu kommen. Wir werden also das Mißverständniß darin suchen müssen, daß der Verf. gerade den Begriff umgeht, der allein es möglich macht,

einerseits den Gegensatz von Freiheit und Nothwendigkeit wirklich zu setzen, und andrerseits doch gleichwohl die Einheit als wesentliche Bestimmung am Organismus festzuhalten, — den des Geistes. Zwar scheint er denselben nicht ganz zu ignoriren, vielmehr ihn mit dem Begriffe der Seele identisch zu setzen, die er als das „Ensemble aller Aktionen der Nervencentra" bestimmt. Auch hier können wir dem Verf. nicht schlechthin entgegentreten, sofern wir allerdings den Begriff der Seele wesentlich nicht anders bestimmen können, denn als die einfache, sich auf sich beziehende Totalität des leiblichen Organismus. Wenn er vom Standpunkte der Physiologie aus die Philosophie darüber tadelt, daß sie „unter Seele meistens nicht nur bloß Gehirnfunktionen, sondern auch unter diesen meist wieder nur die mit Bewußtsein verbundenen verstehe," so finden wir zwar den Vorwurf an sich nicht gegründet, müssen ihm aber in der Sache Recht geben, wenn er den Begriff der Seele auf die angeführte Weise bestimmt. Um so gewisser dagegen muß dem Verf. vorgeworfen werden, daß er die Seele mit dem Geiste verwechsele und Folgerungen, die in Beziehung auf jene ganz richtig sind, auf das Gebiet des Geistes übertrage, auf welchem sie keinerlei Berechtigung haben. Man kann den ganzen Parallelismus zwischen den verschiedenen Funktionen der Nervencentra zugeben und seine noch genauere Konstatirung auf physiologischem Wege wünschen. Gleichwohl muß man jetzt und immer der Physiologie als solcher die Berechtigung absprechen, ihre Gesetze auf den Geist anzuwenden. Der Mensch ist ein geist-leiblicher Organismus, und nur die leibliche Seite dieses Organismus fällt in's physiologische Gebiet, weil nur diese der Naturnothwendigkeit angehört. Nicht als ob die geistige Seite nicht auch bestimmten Gesetzen, hiermit einer Nothwendigkeit

Digitized by Google

unterworfen wäre, welche ihre Natur genannt werden kann. Allein dieſe Natur oder beſſer: dieſes Weſen des Geiſtes beſteht eben in ſeiner Negativität gegen die Natur im eigentlichen Sinne, in ſeiner Idealität und Freiheit von ihr. Dabei iſt aber von einem Dualismus keineswegs die Rede, da vielmehr die Natur als die Vorausſetzung zu erkennen iſt, welche der Geiſt ſich ſelber gemacht hat; damit er in ihr ſeine Wurzel habe. Das Kauſalitätsgeſetz, unter welchem der Organismus ſeiner leiblichen Seite nach ſteht, iſt mithin vom Geiſte ſelbſt geſetzt, nichts ihm Fremdes und Aeuſſerliches; aber es iſt von ihm nur geſetzt, damit er es bewältige und ſich daraus als freie Intelligenz an's Licht gebäre. Dieſe Qualitätsänderung tritt allerdings durch das Denken ein und Denken macht frei. Aber ebendeshalb kann Intelligenz und Wille nicht eine bloße quantitative Steigerung der Rückenmarksfunktionen, ſondern muß etwas qualitativ anderes ſeyn. Dies iſt nun die einfache Konſequenz der vom Verf. ſelbſt gegebenen Beſtimmungen. Denn einerſeits hat er die richtige Erkenntniß von der Seele, als der einfach ſich auf ſich beziehenden Allgemeinheit des natürlichen Organismus; er hat das richtige Bewußtſein, daß das Selbſtgefühl nur zu Stande kommt durch das, was er den Vorgang der Zerſtreuung der centripetalen Eindrücke nennt, und was er als eine Aufhebung der Beſonderheit der einzelnen Empfindungen in die Allgemeinheit eines Tonus des geſammten Organs ſchildert; es kann in ſeinem Parallelismus der Gehirnfunktionen mit denen des Rückenmarks, ſobald man nur von den gar nicht hierher gehörigen Ausdrücken: Vorſtellung, Bewußtſein, Wille ꝛc. ꝛc. abſieht, der richtige Parallelismus des Empfindens der leiblichen Unmittelbarkeit und des Empfindens des dem Ich als Bewußtſein und Geiſt ange-

Digitized by

gehörigen als eines zur natürlichen Leiblichkeit Bestimmten gefunden werden; auch findet sich der Uebergang des Selbstgefühls in die Gewohnheit wenigstens in einigen Momenten mit richtigem Takte angedeutet und überhaupt zu einer psychischen Physiologie, wie sie noch immer so sehr vermißt wird, mancher interessante Beitrag gegeben. Andrerseits ist auch bei der völligen Verkennung der Differenz zwischen Seele und Geist, wie sie dem Aufsatze zu Grund liegt, doch nicht zu übersehen, daß den Verf. das richtige Gefühl mehrmals anwandelt, insbesondre, wenn er wiederholt von dem Eintreten einer Qualitätsänderung, von der Umwandlung, wodurch die Empfindungen zu Vorstellungen umgearbeitet werden, vollends wenn er von Spontaneität, Wahl und Freiheit spricht. Allein eben dieses richtige Gefühl hat sich nicht zum klaren Bewußtsein und vermittelten Denken herauszuarbeiten gewußt, da sonst dem Verfasser die oben bezeichneten Widersprüche nicht entgangen seyn könnten. Hat er allerdings die Seele als das einfache ideelle Leben des leiblichen Organismus richtig aufgefaßt, und läßt sich das richtige Bewußtsein nicht verkennen, daß die Seele die Substanz, die absolute Grundlage aller weiteren Bestimmtheit des Geistes ist, so daß er (Hegel Encyklop. §. 389) in ihr allen Stoff seiner Bestimmung hat und sie die durchdringende, identische Idealität derselben bleibt, — so hat er doch nun weiter ganz übersehen, daß die Seele in dieser abstrakten Bestimmung eben nur die Möglichkeit des geistigen Lebens, der Schlaf des Geistes, d. h. eine Bestimmtheit ist, gegen die der Geist, um wirklicher, wacher Geist zu werden, sich negativ setzen, über die Seite der leiblichen Aeusserlichkeit an ihr hinausgehen, sich in sich selbst reflektiren, d. h. die von dem Verfasser nur angedeutete Qualitätsänderung wirklich vollziehen

muß. Dies geschieht nun allerdings vermittelst des Aufgangs des Bewußtseins und seiner Geschichte, die, freilich nicht mit einem salto mortale, an ihrem Orte auch zur Genesis der Intelligenz und des Willens führt.

Die psychische Gesundheit, fährt nun der Verfasser fort, beruht auf dem harmonisch gleichmäßigen Fortgange der erwähnten Vorstellungs- und Strebungsaktionen, und Störungen dieser konstituiren den geistigen Schmerz, die psychische Krankheit. Seine besonderen Bemerkungen über die letztere leitet er mit einem Hinblicke auf Budges Hemmungstheorie ein, welche die willkührlichen Bewegungen durch Aufhebung einer dem kleinen Gehirne zukommenden Hemmungsthätigkeit entstehen läßt. Ohne diese Theorie in toto zu adoptiren, macht der Verfasser darauf aufmerksam, daß sie mit Thatsachen, die eine feinere Selbstbeobachtung lehre, auf merkwürdige Weise übereinstimme. „Der Uebergang der mehr oder minder hell bewußten Strebung in Muskelbewegung geschieht auf eine Weise, die weit weniger einer positiven Thätigkeit, als der Befreiung von einem Widerstande, von einer Hemmung gleicht. Wenn wir z. B. gehen oder sprechen wollen, so braucht es von dieser Strebung aus nicht noch eines besonderen Aktes, eines nochmaligen positiven Impulses für den motorischen Nerven, sondern die Vorstellung Gehen oder Sprechen geht in Bestrebung und diese in Bewegung über, sobald sie von nichts daran gehindert ist." Hiemit ist eine sehr treffende Bemerkung gemacht, die auch so ausgedrückt werden kann: dem Geist steht seine leibliche Natur nicht als etwas gegen ihn Selbständiges entgegen, zu dessen Leitung es eines besondern Apparates bedürfte, sondern als Wille ist er die Macht über dieselbe, gegen welche sie keinen Widerstand leisten kann, weil der Geist ihr eigenstes Inneres ist, das, sobald

es für ſich geworden iſt, ihre eigene Kauſalität, aber nun nicht mehr als gebunden, ſondern als freie ausmacht. Gegen dieſe abſolute Macht des Willens iſt es aber kein gegründeter Einwurf, wenn etwa auf den Zuſtand der Schläfrigkeit hingewieſen wird, als in welchem nun im Gegentheile die Bewegungen weniger frei ſeien, ſelbſt das gewohnte Spiel der Muskeln gehemmt erſcheine, die Ausführung der Bewegungen nicht mehr das Gefühl leichter Spontaneität, ſondern eines mühſamen Geſchäfts gebe. Denn allerdings fällt alle ſelbſtbewußte und vernünftige Thätigkeit des Geiſtes nur in das Wachſein; der Schlaf aber iſt (Hegel Encykl. §. 398) Bekräftigung dieſer Thätigkeit nicht bloß als negative Ruhe von derſelben, ſondern als Rückkehr aus der Welt der Beſtimmtheiten in das allgemeine Weſen der Subjektivität, welches die Subſtanz jener Beſtimmtheiten und deren abſolute Macht iſt. Eben deshalb iſt es aber unrichtig, wenn geſagt wird, im Uebergange zum Schlafe ſeien Vorſtellung und Strebung vorhanden, finden ſich jedoch gehemmt; denn es wird der weſentliche Unterſchied von Vorſtellungen, wie ſie dem Zuſtande der Schläfrigkeit zukommen, und der Vorſtellungswelt des wachen, verſtändigen Bewußtſeins dabei überſehen, in welcher allein Wille und Freiheit vorkommen können.

Der Verfaſſer dehnt nun aber das Phänomen der Hemmung auch auf das pſychiſche Gebiet aus. „Die Reflexbewegungen des Rückenmarks ſind nach Entfernung des Gehirns ſtärker und freier; ſie wurden, mag der Grund hievon liegen, in was er will, vom Gehirne, ſo lange es da war, gehemmt; der Uebergang der bewußten Empfindung in Bewegung (eine weitere Stufe der Reflexe) wird gehemmt von den Vorſtellungen aus (vom Willen); der Uebergang der Vorſtellungen in Beſtrebungen wird

wieder gehemmt — wodurch? — offenbar nur durch andere Vorstellungen. Das gemeinschaftliche Wirken aller übrigen Vorstellungen auf die eben im Flusse befindliche konstituirt eine psychische Hemmung, die man Besonnenheit nennen kann. Es giebt nun eine ganze Klasse von Zuständen des Rückenmarks und des Gehirns, in welchen dieses Verhältniß des Hemmenden zum Beweglichen gestört ist. Ist die Störung auffallend, so nennt man diese Zustände Krankheiten, am Gehirn psychische Krankheiten (Seelenstörungen), deren Hauptcharakter eben in Abnormität oder gänzlichem Verluste der Besonnenheit und eben damit der geistigen Freiheit besteht." — Hier wird nun offenbar, auf welchen schwachen Füßen der Freiheitsbegriff des Verfassers steht. Er identificirt die Freiheit mit der Besonnenheit, und diese bestimmt er in negativer Weise als hemmende Thätigkeit gegenüber der positiven Macht der beweglichen Vorstellungen. Der Uebergang der Vorstellung in Strebung und Bewegung ist ihm ein durch organische Nothwendigkeit gebotenes Explodiren, wozu es des Willens nicht bedarf. Dieser besteht für ihn nur in dem Bewußtwerden dieses Explodirens. Nur negativ wird er zu einer Realität, als die Möglichkeit, durch das Hervorrufen andrer Vorstellungen die Explosion der eben im Flusse befindlichen zu hindern. Gleichwohl wird aber auch diese kümmerliche Realität wieder eingeschränkt durch die Behauptung, daß die Besonnenheit nur eben in dem gemeinschaftlichen Wirken aller übrigen Vorstellungen auf die eben im Flusse befindliche bestehe. Denn hiemit wird die kaum vorher der Willkühr und Wahl zugeschriebene hemmende Thätigkeit vielmehr wieder zu einer unwillkührlichen, auf organischer Nothwendigkeit beruhenden herabgesetzt, sofern ja das Gesetz für die Zerstreuung und Kombination der Vorstellungen dem Willen ganz entzogen

Digitized by

seyn und der psychische Tonus, welcher die Kraft und die Gewohnheit der Richtung der Bestrebungen regulire, nur eben aus der Masse der solchergestalt willenlos zerstreuten und kombinirten Vorstellungen hervorgehen soll. Wäre dem wirklich so, wie könnte dann die Vorstellung der Freiheit irgend etwas andres, als die kläglichste Selbsttäuschung seyn? Wenn nun aber gleichwohl der Verf. dies nicht Wort haben will, so zeugt dies nur wieder dafür, daß er den unmöglichen Versuch unternimmt, unvereinbare Dinge zusammenzudenken. — Zwar, daß die psychische Gesundheit in dem Zustand der Besonnenheit, die psychische Krankheit in deren theilweisem oder gänzlichem Verlust bestehe, muß zugegeben werden. Auch damit kann man übereinstimmen, wenn der Zustand der Besonnenheit als derjenige bestimmt wird, in welchem alle Vorstellungen und Begierden sich in harmonischem Gleichgewicht befinden, so daß keine einzelne Bestimmtheit sich für sich emancipiren kann. Man kann auch die Vergleichung dieses psychischen Zustands mit dem gesunden Tonus des leiblichen Organismus angemessen finden. Aber ihn selbst als einen durch die Gesetze des natürlichen Organismus bedingten, durch natürliche, vom Willen unabhängige Vorgänge entstehenden denken — das kann man nicht. So gewiß der Geist und sein Leib nicht als Glieder eines dualistischen Verhältnisses angesehen werden dürfen, jener vielmehr als Entelechie des letztern betrachtet werden muß, eben so gewiß darf auch diese Einheit beider nicht so verstanden werden, als ob sie eine unmittelbare und als ob namentlich Intelligenz und Wille als ein Naturproceß aufzufassen wäre. Die Natur des Bewußtseins ist es, über welche der Verf. viel zu oberflächlich hinweggeht, wenn er von der bewußtlosen Empfindung bis zur bewußten Vorstellung und zum Denken nur einen quantitativen Fortschritt sieht. Denn

eben im Erwachen des Bewußtseins in der Seele geht die große Unterscheidung des Geistes von seiner Natur, sein ideales Selbständigwerden vor sich, vermöge dessen er selbst das Princip aller Vorgänge seiner subjektiven Welt wird und alle Funktionen seiner leiblichen Seite nur in seinen Dienst nimmt. Mit dem Eintritt in die Region des Bewußtseins hat es daher überhaupt mit allem unmittelbaren Parallelismus zwischen natürlichen und geistigen Phänomenen ein Ende. Hier kann von keinen Zuständen mehr die Rede seyn, worin sich der Geist ohne sein Zuthun befände, von keinen Vorgängen, die unabhängig von ihm in ihm sich verliefen, mithin von keiner willenlosen Zerstreuung und Kombination der Vorstellungen, die nur durch ihr mechanisches Gleichgewicht das Losplatzen jeder einzelnen in eine Strebung verhinderten, von keinem Zustande der Besonnenheit, der nur eben durch dieses Gleichgewicht hervorgebracht würde. Vielmehr wenn, wie der Verfasser selbst fordert, überhaupt Freiheit seyn und diese auch nur in der Möglichkeit bestehen soll, gegen die im Flusse befindliche Vorstellung andere hervorzurufen, so muß jener Zustand der Besonnenheit gerade nur ihr Werk seyn. Aber nicht bloß negativ, als hemmende Thätigkeit gegenüber der vermeintlich positiven, unabhängigen Macht der Vorstellungen darf sie aufgefaßt werden, sondern vielmehr sie ist das Positive, die herrschende Macht des Bewußtseins, welche ebensowohl die Seite der Intelligenz, als die Seite des Willens zu Sphären ihrer Thätigkeit hat. Es ist allerdings auch eine unwillkührliche Thätigkeit des Vorstellens anzunehmen, wobei das Objekt nicht ausdrücklich vom Ich als Gegenstand des Vorstellens gesetzt und die Bewegung des Gedankens nur an sich eine freie ist, weil es gar nicht zu der konkreten Form des Selbstbewußtseins kommt. Allein hierüber bemerkt Vatke

(ſ. o.) mit Recht, daß es keinen Beweis gegen die an und für ſich ſeiende Einheit der theoretiſchen und praktiſchen Seite der Intelligenz abgeben könne, vielmehr aus dem immanenten Verhältniß der Momente der Intelligenz zu einander ſich erkläre, ſofern jenes Vorſtellen entweder nur der endlichen Seite der Intelligenz angehöre und ſeine Momente daher in der Geſammtbewegung des Geiſtes auſſer der lebendigen Einheit mit dem in ſich allgemeinen Ich ſtehen, oder aber die Bewegung des Denkens nur inſofern unwillkührlich heiße, als ſie aus einer Gewohnheit hervorgehe; daß aber das Subjekt ſeiner freien Thätigkeit in dieſem ſtetigen Gange ſogleich inne werde, wenn derſelbe irgendwie unterbrochen werde, wo denn das ſcheinbar Unwillkührliche ſich als die Kontinuität der Freiheit ſelbſt ergebe. Da nun der Verf. bei Gelegenheit der halbbewußten Vorſtellungen und Strebungen im Weſentlichen daſſelbe ſagt, ſo iſt es um ſo mehr zu bedauern, daß er den Begriff der Freiheit gerade beim Eintritt in die Region des vollen Bewußtſeins nicht feſtzuhalten gewußt hat. Indem er nun aber den Willen wenigſtens als die hemmende Thätigkeit, als Präſervativ gegen das unbeſonnene Ueberſchnappen einzelner Vorſtellungen in Strebungen angeſehen wiſſen will (was, wie geſagt, nicht einmal konſequent iſt), ſo ergreift er damit wenigſtens eine Seite des richtigen Verhältniſſes; er macht den Willen, wenn nicht zum konſtitutiven, doch zum regulativen Princip des geiſtigen Lebens. Eben damit aber bahnt er ſich den Weg zur weſentlich richtigen Beſtimmung der Seelenkrankheiten.

Er unterſcheidet zwei primäre Formen des Wahnſinns, Schwermuth und Tollheit, und ſekundäre, worunter er den Blödſinn ſtellt. Das Weſen der erſteren findet er darin, daß das Gemüth leide, d. h. daß eine Abweichung

vom psychischen Tonus, vom Zustand der Besonnenheit stattfinde, daß Abnormität in der Zerstreuung der Vorstellungen und deren Uebergang in Strebungen eintrete; und zwar seien bei der Schwermuth diese Vorgänge übermäßig gehemmt, bei der Tollheit dagegen übermäßig erleichtert. „Die primäre Veränderung bei der Schwermuth trifft vor Allem den Uebergang der Vorstellungen in Strebung; die Hemmung dieses Uebergangs wird als tiefe Störung des innersten Selbst, wie sie dies auch wirklich ist, empfunden, und die Kranken zeigen sehr oft, wie gut sie den angegriffenen Punkt kennen, indem sie sich über absolute Willenlosigkeit beklagen. — Bei der Tollheit zeigt sich umgekehrt eine wesentlich erhöhte Zerstreuung der Vorstellungen und ein oft bis zum Maßlosen erleichterter Uebergang derselben in Strebungen. Die Vorstellungen ziehen in schnellem Flusse unhaltbar vorüber, jede regt wieder andere an, Altes und Neues, längst eingeschlafene Erinnerungen und reiche Bilder der Zukunft kommen herauf und fliehen vorbei. Aber jede dieser Vorstellungen weckt auch immer neue Strebungen, welche meist eben so rasch das Bewußtsein passiren, von denen sich aber doch mitunter einzelne fixiren. Das Individuum fühlt sich geistig reicher und freier, von Muth und rücksichtsloser Energie erfüllt. Die erregten Strebungen äussern sich häufig auch in vermehrten Muskelaktionen, der Kranke spricht viel und schnell, deklamirt, singt, schreit, läuft hastig umher und begeht allerlei auffallende Handlungen; dabei ist meist die Eßlust und der Geschlechtstrieb erhöht ꝛc. ꝛc." Dabei wird bemerkt, daß es bei beiden Krankheitsformen nicht lang daure, bis die ursprüngliche Affektion sekundäre, dem Hemmungs- oder Steigerungszustande entsprechende, dauernde Veränderungen in den Vorstellungen, hier Gedanken an verlorne Seligkeit, Höllenqual, Verwandlung

in ein häßliches Thier ꝛc., dort Gedanken an Millionen, Diamanten, Ehren und Eroberungen, erzeuge. Der Verf. giebt zwar zu, daß das Gehirn nicht bloß primär, sondern auch durch sympathische Reizung von andern Organen (namentlich von den Genitalien) aus erkranken könne, ferner daß auch bei primärer Erkrankung des Gehirns Hyperämie häufig die Rolle einer entfernteren organischen Ursache zu spielen scheine. Dagegen erklärt er sich ausdrücklich gegen die somatische Theorie. „Wir vermögen nicht nur im Wahnsinn selbst weder ein Leiden der Bauchganglien, noch des Herzens, der Pfortader oder des Darmkanals zu erkennen, sehen vielmehr die krankhaften Zustände andrer Organe nur als entferntere Ursachen, häufig als Folgen der Gehirnaffektion oder als bloße Komplikationen an, sondern wir glauben auch der Seele selbst kein Unrecht zu thun und nichts ihrer Unwürdiges zu behaupten, wenn wir gerade sie in ihrem Innersten im Wahnsinn für erkrankt halten."

Wie überhaupt, so ist auch hier das Bestreben des Verf. anzuerkennen, allen Dualismus zu verbannen, und man kann es sich um diesen Preis gefallen lassen, wenn er sogar noch materialistischer auftritt, als die hergebrachte somatische Theorie. Diese nämlich, sofern sie die Erkrankung niederer Organe als die Ursache der Seelenstörungen angibt, erklärt entweder den Geist für eine wesentlich andere Substanz, als die Materie, indem sie sich vorstellt, daß jener das Ding an sich sei, von dem wir überhaupt nichts wissen können, oder sie läugnet seine Existenz geradezu, was auf dasselbe hinauskommt, da das bloße Abstrahiren von einer Sache eben ihre Anerkennung involvirt. Jedenfalls bleibt es unbegreiflich, wie durch ein Leiden der Bauchganglien, der Pfortader ꝛc. zugleich das Leben einer wesentlich anderen Substanz erkranken soll,

Digitized by Google

sei nun diese ausdrücklich oder nur stillschweigend anerkannt. Gegenüber solcher Unzulänglichkeit ist es immer schon von Werth, wenn die Doppelheit der Substanzen nur überhaupt geläugnet wird, sei es auch auf die Weise, daß der Geist es sich gefallen lassen muß, unter der Firma der Seele sich für organisirte Materie ausgegeben zu sehen. Diesen Fortschritt macht der Verf., indem er das Gehirn unmittelbar als Organ von Intelligenz und Willen bezeichnet und folgeweise die Störung der Intelligenz und des Willens in einer Krankheit eben dieses Organs selbst begründet findet. Ohne Zweifel ist es auch eine viel richtigere Auffassung des Wesens der Seelenstörungen, als bei der somatischen Theorie, wenn dieselben nicht als eine bloße Negation der geistigen Thätigkeit, sondern als eine positive Alteration derselben in ihrem innersten Kerne angesehen werden, was eben wieder nur dann möglich ist, wenn die Einheit des Organismus festgehalten wird. Daß nun aber gleichwohl, und worin diese Darstellung sich irrt, das liegt im bisher Ausgeführten. Darin nämlich, daß der Verf. die Einheit der geistigen und leiblichen Seite des Organismus, die nur als vermittelte zu fassen ist, als unmittelbare nimmt, daß die dialektische Peripetie, die im Bewußtsein liegt, für ihn nicht vorhanden oder, wenn auch angedeutet, doch nicht ausgeführt ist. Ihm bleibt der Geist überall nur die an sich seiende Entelechie des Leibes, deren Fürsichwerden er nicht begreift, daher er denn die Thätigkeit, die erst der Geistgewordenen Seele zukommt, nur dieser zuschreibt, sie damit zu einer mehr oder weniger nothwendigen organischen Funktion macht und unmittelbar in's Gehirn verlegt. Sieht man aber von diesem Mißverständnisse ab, so kann man die Ansicht des Verf. über die Seelenstörungen nur willkommen heißen. Denn das Wesen derselben liegt allerdings in der Unmit-

Digitized by Google

telbarkeit des Selbstgefühls, in dem das Moment der Geistigkeit und das der Leiblichkeit ungeschieden in einander sind, und das selbst ein besonderes ist. Gerade weil der Geist seine Substanz in der Seele als der subjektiven Einheit seines leiblichen Organismus hat, kann auch seine Thätigkeit als Geist gestört werden. Eine derartige Störung muß aber als eine solche nachgewiesen werden, und es genügt dazu keineswegs der Nachweis von krankhaften Zuständen körperlicher Organe. Um mit dem Verf. zu reden, es muß die Krankheit in dem Vorstellungs- und Strebungs-Organ selbst (welches freilich nicht das Gehirn unmittelbar seyn kann) aufgezeigt und alle andern Ursachen dürfen nur als entferntere oder bloß scheinbare betrachtet werden. Wenn er nun näher das Wesen der psychischen Krankheit einerseits in einer Hemmung, andererseits in einer maßlosen Steigerung der psychischen Thätigkeit findet, so läßt sich auch dies im Wesentlichen richtig finden, da es nach des Verf. eigenem Ausdruck auf den Verlust der Besonnenheit oder der Freiheit hinausläuft. Der Unterschied ist nur, daß wir diese Besonnenheit für das Produkt des Ichs und wirklicher Freiheit halten, der Verf. aber unter Freiheit eigentlich ihr Gegentheil versteht und in dem gedachten Zustand wenigstens relativ ein Produkt organischer Nothwendigkeit sieht. Hievon abgesehen, ist ohne Zweifel das Wesen der Seelenstörungen eben der Verlust des Maßes; es besteht darin, daß das Subjekt in einer Besonderheit seines Selbstgefühls gefangen bleibt, die es nicht zur Idealität zu verarbeiten und zu überwinden vermag, (Hegel Encyklop. §. 408). Diese nicht flüssige, der systematisirten Totalität des Bewußtseins nicht untergeordnete Besonderheit kann nun allerdings in der doppelten Art störend wirken, daß entweder vorzugsweise der Wille gelähmt

oder vorzugsweise die theoretische Thätigkeit über alles Maß gesteigert wird. In beiden Formen liegt als das Gemeinsame der Widerspruch zwischen der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins und seiner Besonderheit, und sie unterscheiden sich darin, daß das eine Mal die Allgemeinheit durch die Besonderheiten (Tollheit), das andremal die Besonderheit durch die Allgemeinheit (Schwermuth) absorbirt wird. Sofern der Verf. Seele und Geist identificirt, spricht er allerdings mit Unrecht von einer Seelenkrankheit. Er verbessert den Fehler aber selbst wieder, indem er das Wesen dieser Krankheit in dem Verluste der Besonnenheit und geistigen Freiheit findet. Denn allerdings liegt es darin, daß der freie Geist in die Bestimmtheit der Seele, des substantiellen Ansichseins, seines Schlaf- und Traumzustandes zurücksinkt. Der Geist, als frei, ist für sich solcher Krankheit nicht fähig; sie ist eine Krankheit des Psychischen, ungetrennt des Leiblichen und Geistigen, wobei der Anfang mehr von der einen oder von der andern Seite auszugehen scheinen kann. (Hegel a. a. O.). — Eben dies liegt nun auch in der Darstellung des Verf., wornach das Vorstellungs- und Strebungsorgan entweder primär oder durch sympathische Reizung von andern Organen aus erkranken kann, in welchem Falle sich, wie er bemerkt, die merkwürdige Erscheinung zeigt, daß bald dem Hemmungszustande der Bestrebungen entsprechende neue Vorstellungen trauriger Art, meist von bizarrem Gepräge, wie die des Traums, entstehen. Diese Bemerkung gilt uns nur als eine allgemeinere, nämlich auch für den Fall, wo das Gehirn primär erkrankt ist. Denn so unbedenklich man mit Erdmann [1]) behaupten kann, daß das Gehirn in man-

1) Vergl. J. Müller Physiologie des Menschen. II. S. 507.

cher Beziehung der Seele wesentlicher sei, als ein andres Organ, daher man es denn auch eben in solchen Beziehungen als das eigentliche Organ der Seele bezeichnen mag, so darf doch in keinem Fall das Gehirn als unmittelbares Organ für Intelligenz und Willen, und es muß die Seele überhaupt als die einfache, im ganzen Organismus allgegenwärtige Allgemeinheit gefaßt werden, — eine Vorstellung, die auch dem Verf. nicht fremd ist. Endlich nennt auch der Verf. den Wahnsinn nur eine vorzüglich auffallende und länger andauernde Alienation der Vorstellungen und Strebungen, setzt also die Möglichkeit seiner Heilung voraus, die darin bestehen muß, daß der mittlere psychische Tonus, der Zustand der Besonnenheit, und eben damit die geistige Freiheit wiederhergestellt wird. Er erkennt hiemit den Satz an, daß der Wahnsinn nicht abstrakter Verlust der Vernunft, sondern nur Widerspruch in der noch vorhandenen Vernunft ist. Eben damit stimmt er aber den oben ausgeführten Grundsätzen über die Imputation bei, sofern dort gesagt ist, 1) daß nur durch eine in der Seele wirklich wahrnehmbare permanente (länger andauernde) Störung die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, daß aber zu diesem Behufe auch der wirkliche Nachweis einer Krankheit der Seele selbst erforderlich sei, mithin die Angabe bloß somatischer Ursachen als Gründe für den Verlust der Freiheit niemals genüge, 2) daß auch bei den permanenten Seelenstörungen nicht von einem schlechthinigen Verlust der Freiheit gesprochen werden kann, vielmehr dieselbe stets noch als der Potenz nach vorhanden angenommen werden muß, daher die Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit immer nur für eine einstweilige gelten kann. — Auf die Frage, ob es einen partiellen Wahnsinn und ob es im totalen Wahnsinn lichte Zwischenräume gebe, läßt sich

Digitized by Google

der Verf. nicht ein [1]). Dieſe Frage iſt jedoch für das Strafrecht von untergeordneter Bedeutung. Denn, wenn man auch die Anſicht, daß der Wahnſinn nur Widerſpruch in der vorhandenen Vernunft ſei, ſtreng feſthält und hiernach zwar alle mit den fixen Ideen in Zuſammenhang ſtehenden Handlungen für unzurechenbar erklärt, dabei aber auſſer dieſem Kreiſe die Möglichkeit einer Zurechnungsfähigkeit auch bei Wahnſinnigen nicht abſtrakt verwerfen kann, ſo kann doch eine ſolche Zurechnungsfähigkeit für keine kriminaliſtiſche gelten, da die fraglichen Handlungen, wenn ſie auch als freie gelten müſſen, doch Handlungen eines Seelenkranken bleiben, der zwar Schuld, aber nie ſtrafbare Schuld auf ſich laden kann. Berner a. a. O. S. 161. 173. [2]).

§. 91.

Der Unterſchied der Freiwilligkeit von der Unfreiwilligkeit iſt kein feſter, da er die noch unvermittelte Einheit der Subjektivität und Objektivität zum Gegenſtand hat, und die Handlung dabei nur in ihren Elementen aufgefaßt wird. Es iſt damit nur erkannt, daß a) die Vermittlung des Willensmoments mit dem Thatmomente die Handlung zu einer freiwilligen, d. h. überhaupt zu einer wahren Handlung, dagegen b) das Aufgehobenſeyn jener Vermittlung die Handlung zu einer unfreiwilligen macht, d. h. den Begriff der Handlung ſelbſt aufhebt. Hiebei ſtehen ſich die Elemente der Handlung, die Subjektivität und die Objektivität derſelben, noch als fremd und gleichgiltig gegenüber, als Dinge, die entweder beiſammen, oder auch von einander getrennt ſeyn können. Indem es aber eben als Begriff der Handlung erkannt wird, aus ſo diſparaten Elementen zu beſtehen, ſo erſcheint die Freiwilligkeit nur

---

1) Vergl. jedoch denſelben a. a. O. Bd. III. S. 69 ff.

2) Friedreich im N. Arch. XIV. S. 258—272.

als Möglichkeit, von der auch ihr Gegentheil ſtattfinden kann; ja bei der urſprünglichen Fremdheit beider Elemente gegen einander iſt klar, daß in der Freiwilligkeit ſelbſt, als der noch unvermittelten Einheit derſelben, das Princip der Unfreiwilligkeit liegt. Die Handlung iſt daher ihrer Natur nach ebenſowohl unfreiwillig, als freiwillig, — ſie iſt eine Miſchung beider Principien.

Anm. — Wenn Michelet Moral S. 34—39 eine beſondere Klaſſe gemiſchter Handlungen heraushebt, ſo erſcheint dies nur als eine ſinnreiche Spielerei, zu welcher keine innere Nothwendigkeit vorliegt. Auch iſt in der That die Parallele der erzwungenen, der durch innerlichen Reiz determinirten und der affektvollen Handlungen mit den unfreiwilligen Handlungen durch Gewalt, Irrthum und durch Naturgewalt vermittelten Irrthum eine ziemlich gezwungene. Ueberdies aber ſind die einzelnen Momente gar nicht glücklich gewählt. Denn in der ganzen Sphäre der Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit handelt es ſich nur um das Verhältniß der Subjektivität der Handlung zu ihrer Objektivität überhaupt, keineswegs aber um die verſchiedenen Modifikationen, die an dem einen oder dem andern Momente für ſich eintreten können; und offenbar ſind doch Zwang und andre innere Beſtimmungsgründe eben nur ſolche, die bloß die ſubjektive Seite der Handlung für ſich, nicht aber deren Verhältniß zur äuſſeren Objektivität angehen. Nur vom Affekt kann zugegeben werden, daß er eine eigenthümliche Schuldſtufe begründe; aber in dieſer Beziehung gehört er erſt in die Lehre vom dolus. Die Sache ſelbſt aber iſt allerdings vollkommen richtig, daß im Begriff der Handlung überhaupt, als einer Einheit disparater Elemente, beide Principien, das des Freiwilligen und das des Unfreiwilligen liegen. Darin beruht nicht allein der

Grund, warum in den oben angeführten Fällen der Begriff der Handlung ſchon formell als aufgehoben, mithin die That als unzurechenbar betrachtet werden muß, ſondern es liegt darin auch die Forderung der Behutſamkeit, theils für den handelnden Menſchen, theils für den eine zum Unglück ausgeſchlagene Handlung beurtheilenden Richter.

§. 92.

In dem Begriffe der Handlung als einer gemiſchten liegt das wechſelſeitige Uebergehen ihrer beiden Momente in einander, ſo daß an jedem derſelben zugleich das andere als mitgeſetzt erſcheint. Denn, wie in der Freiwilligkeit die urſprüngliche Verſchiedenheit des ſubjektiven und des objektiven Moments nicht aufgehoben, ſondern nur gebunden erſcheint, ſo liegt in der Unfreiwilligkeit immer noch die Möglichkeit der Einheit beider Momente. Der Grund davon liegt in der Unmittelbarkeit dieſes Gegenſatzes. Denn eben, weil die Einheit in der Freiwilligkeit eine nur äuſſerlich aufgefaßte, der Unterſchied in der Unfreiwilligkeit kein innerlich vermittelter iſt, ſo fallen beide als Seiten Eines Ganzen zuſammen und drücken nur die verſchiedene Miſchung der Elemente der Handlung aus, deren Begriff als einer unmittelbaren Totalität das eine Mal einfach geſetzt, das andre Mal einfach negirt wird. Dadurch ſcheint nun das Weſen der Zurechnung ſelbſt in die Unbeſtimmtheit zu gerathen. Allein dieſer Schein vermittelt nur den Uebergang zu einem weitern Stadium des Begriffs der Handlung. Indem nämlich jene Unbeſtimmtheit ihren Grund in der Unmittelbarkeit hat, worin die Handlung bisher als exiſtirende Einheit oder Aufgehobenſein ihrer Elemente betrachtet wurde, ſo muß der Fortgang in der Auflöſung eben dieſer Unmittelbarkeit, mithin darin beſtehen, daß jedes der beiden Elemente ſich für ſich als ſelbſtändige Totalität geltend macht, welche, mit dem Bewußtſein ihres

Unterſchieds von dem entgegengeſetzten Elemente, dieſes als Moment an ſich ſelbſt ſetzt.

Anm. — Dieſer Uebergang iſt von Michelet ſehr richtig vollzogen, wenn gleich ihm weiterhin in der Entwicklung der beiden Seiten der Handlung nicht beigeſtimmt werden kann. Warum Berner jenen Uebergang vernachläßigt und einen andern Weg eingeſchlagen hat, dafür läßt ſich kein zureichender Grund einſehen. Der Salto mortale auf den Begriff des dolus und der vollendeten Handlung kann nicht als Ausdruck der von ihm ganz mit Recht geforderten Selbſtbewegung des Begriffs gehalten werden.

B. Die beiden Seiten der Handlung, als Totalitäten für ſich.

1. Die Subjektivität.

§. 93.

Die Subjektivität der Handlung, in ſich reflektirt gegen ihre objektive Seite, ergibt zunächſt a) das Wiſſen um den abſtrakten Gegenſatz zwiſchen beiden Seiten, der ſeine Erſcheinung an dem Gegenſatz zwiſchen dem Vorſätzlichen und Zufälligen hat; allein dieſer abſtrakte Gegenſatz hebt ſich b) auf in den Begriff des Verſehens, welches den Willen auch für das nicht Gewollte verantwortlich macht, ſofern er wenigſtens die reale Möglichkeit deſſelben gewollt hat. Indem aber hiermit die Subjektivität die Unwahrheit ihrer Abſtraktion von der Objektivität der Handlung erfährt, geht ſie c) im Begriff der Abſicht mit ihr zur vermittelten Einheit zuſammen.

a) Vorſatz und Zufall.

§. 94.

Der Unterſchied von Vorſatz und Zufall iſt nichts als der in das Subjekt reflektirte Unterſchied von Freiwillig-

Digitized by Google

keit und Unfreiwilligkeit. D. h. Indem das Subjekt ſich ſeiner ſelbſt, als des Handelnden, bewußt wird und hiemit ſich als Subjekt gegen die objektive Auſſenwelt in formeller Differenz weiß, ſo kann es die Einheit, welche die Freiwilligkeit, und deren Gegentheil, welches die Unfreiwilligkeit ausmacht, nur als eine durch ſich (das Subjekt) ſelbſt vermittelte betrachten. Indem es aber dieſe ſubjektive Vermittlung ſetzt, ſo wird ihm das Freiwillige zum Vorſätzlichen, das Unfreiwillige zum Nichtvorſätzlichen oder Zufälligen. Denn Vorſatz iſt das Gewollte, ſofern der Wollende den in der Objektivität ausgeführten Zweck als identiſch mit dem zuvor innerlich geſetzten, vorgeſetzten Zwecke weiß. Zufall dagegen iſt (§. 90) der zum Bewußtſein geſteigerte Widerſpruch zwiſchen dem Wiſſen und Wollen einerſeits und dem Geſchehenen andrerſeits.

§. 95.

Der Vorſatz (propositum), als eine durch das Subjekt vermittelte und für das Subjekt ſeiende Einheit des Willensmoments mit dem Thatmomente, iſt eine höhere Stufe, als die Freiwilligkeit. Auf dieſer Stufe erſcheinen denn auch die Elemente der Handlung in einer weſentlich anderen Modifikation. Zuvörderſt nämlich erſcheint der Wille als eine der Handlung vorausgehende ſelbſtändige Exiſtenz, die ſich als ſolche durch Wahrnehmung, Berathſchlagung und Beſchluß bethätigt. Sodann ſteht die Objektivität als Boden der Handlung dem Subjekte jetzt in veränderter Weiſe, nämlich nicht mehr als gleichgiltiges Aggregat einzelner Gegenſtände, ſondern als ein kollektives Ganzes, ein Inbegriff von Seiten und Umſtänden gegenüber, welches eben in dieſer ſeiner zur Einheit ſtrebenden Mannigfaltigkeit den Gegenſtand der Wahrnehmung und den Stoff der Berathſchlagung ausmacht. Endlich aber iſt nun die Kopula zwiſchen Willen und That eine durch das Subjekt mit Bewußtſein geſetzte, ſein Entſchluß, in welchem es ſich ſelbſtthätig gegen die Objektivität aufſchließt,

Digitized by Google

und den Beschluß seiner Berathung zum objektiven Daseiu entäussert.

Anm. — Vergl. Michelet a. a. O. S. 41—46. Wie Berner S. 180 die Entwicklung des Vorsatzes durch die Stadien der Berathschlagung, des Beschlusses und des Entschlusses annehmen, und gleichwohl S. 183 den impetus zum Vorsatze rechnen kann, ist nicht wohl zu begreifen. Mit romantischen Phrasen, wie: daß hier das Moment der Berathung (das der Wahrnehmung ist ganz übersehen geblieben) durch den Affekt gleichsam überstürzt und überflügelt werde, ist einer besonnenen Dialektik um so weniger gedient, als, wie auch Wirth richtig anerkennt, gerade das bewußte Wollen, welches das eigentlich Vorsätzliche ist, im Momente des Affekts sogar nicht möglich ist.

§. 96.

Den direkten Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das Unvorsätzliche oder Zufällige, gegen welches das Subjekt sich völlig negativ stellt, als gegen ein mit seinem Wissen und Wollen im offenen Widerspruche stehendes Geschehen. Indem nämlich das aus der Unmittelbarkeit der Handlung in sich reflektirte Subjekt sich selbst als das Princip der Einheit oder des Auseinanderfallens ihrer Elemente betrachtet, so weist es jedes äusserliche Geschehen, es sei nun ein einfaches in sich, oder trete bloß als Folge einer wirklichen Handlung auf, von sich ab, sobald es ein solches ist, das sein Wille nicht zuvor in ihm selbst gesetzt hatte. Denn eben deshalb urtheilt das Subjekt, daß es selbst nicht Princip dieses Geschehens seyn könne, sondern daß dieses Princip in dem ihm ursprünglich fremden Elemente der Objektivität gelegen haben müsse, sei es nun, daß die Naturmacht in Form der Gewalt, oder mittelst Erzeugung eines falschen Scheins im Wissen des Subjekts gewirkt habe. Der Zufall ist aber wiederum ein engerer Be-

Digitized by Google

griff, als das Unfreiwillige überhaupt, sofern er das Bewußtsein des Widerspruchs zwischen beiden Seiten der Handlung, mithin die Nichtexistenz des Bewußtseins einer mittelbaren Kausalverbindung zwischen beiden voraussetzt.

Anm. — Vergl. Michelet S. 51—54, wo sich aber der Irrthum findet, daß Naturgewalt stets Zufall begründe, während doch von ihr dasselbe gesagt werden muß, wie vom Irrthum, d. h. daß man für die dadurch veranlaßten rechtsverletzenden Erfolge verantwortlich bleibt, sobald man, sich ihrer Einwirkung in dieser Richtung ausgesetzt zu haben, sich selbst zur Schuld zurechnen muß.

§. 97.

Der abstrakte Gegensatz der beiden Seiten der Handlung jedoch, wie er vom Subjekt in dem Unterschiede des Vorsatzes und des Zufalls fixirt wird, kann nicht festgehalten werden. Denn, indem dasselbe im Vorsatze sich selbst als die bestimmende Einheit für das Mannigfaltige an der objektiven Seite der Handlung behauptet, so setzt es hiemit die Forderung an sich selbst, diese Einheit auch wirklich zu seyn, d. h. seine der Handlung vorhergehende Reflexion auch in der That zu einer allgemeinen zu machen. Wenn nun die Handlung in's Dasein tritt, und statt der vom Subjekt voraus berechneten ganz andere, oder neben den berechneten andre nicht berechneten Umstände eintreten, die einen dem Vorsatze entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, so zeigt sich jetzt, daß das handelnde Subjekt jene Forderung nicht erfüllt, seiner Reflexion nicht die nöthige Allgemeinheit gegeben hat. Denn hiezu wäre erforderlich gewesen, zu bedenken, daß die Umstände, auf welche der Wille einzuwirken gedachte, vermöge des allgemeinen Weltzusammenhangs mit vielen andern, insonderheit mit den nachher wirklich eingetretenen in Verbindung stehen, welche daher auch in die Berathschlagung hätten aufgenommen werden sollen. Es ergibt sich mithin nun, daß diese hinzugetretenen

Umstände möglicherweise hätten voraus eingesehen und erwogen werden können. Sobald aber dies feststeht, so hören sie auf, zufällige Folgen zu seyn, und erscheinen als mögliche Folgen, d. h. deren Wissen dem Subjekte möglich und die selbst durch die vom Subjekte wirklich mit Vorsatz vollführte Handlung als realmögliche Folgen gesetzt waren. Es zeigt sich, daß das Subjekt in einem Irrthum gehandelt hat, allein in einem solchen, den es hätte abwenden können, und welchen nicht abgewendet zu haben ihm zur Schuld zugerechnet werden muß. Diese Schuld ist das Versehen (culpa).

b. Das Versehen.

§. 98.

In dem Begriffe des Versehens ist die abstrakte Trennung des Subjektiven und Objektiven, wie sie in dem Gegensatz zwischen Vorsatz und Zufall liegt, aufgehoben und das in sich reflektirte Subjekt mit der objektiven Seite wieder in Beziehung gesetzt, sofern es sich wenigstens mittelbar als Princip des hervorgetretenen Erfolgs anzusehen hat. Die Einheit ist aber eben darum nur eine relative und unvollkommene. Das Willensmoment und das Thatmoment decken sich nicht, es liegt eine Handlung vor, in welcher das Thatmoment über das Willensmoment das Uebergewicht hat, so jedoch, daß kein Theil der objektiven Seite vom Willen sich ablöst, vielmehr diese in der Totalität der Handlung gehalten bleibt.

Anm. — Die letztere Bestimmung ist von Berner S. 234—237 richtig hervorgehoben und eine sinnreiche Vergleichung mit dem Konate angestellt, bei welchem das Umgekehrte stattfindet, daß nämlich das Willensmoment über das Thatmoment überwiegt. Gleichwohl reichen diese Bestimmungen keineswegs hin, der dialektischen Entwicklung des Schuldbegriffs zu Hebeln zu dienen, da

Digitized by Google

in ihnen weder das Wesen der culpa noch das Wesen des Konats zum Vorschein kommt. Von Michelet hier abzuweichen, lag um so weniger ein Grund vor, da gerade das Wesen der culpa von ihm sehr treffend dargestellt ist. S. 58—64.

§. 99.

Im Wesen des Versehens liegt: 1) daß dasselbe immer aus einem Fehler des Wissens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieser Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrläßigkeit des Subjekts ist, denselben nicht vermieden zu haben und dadurch Princip des rechtsverletzenden Erfolgs, zwar nicht als unmittelbarer, aber doch als mittelbarer Folge seiner Handlung geworden zu seyn. Das Versehen besteht daher — im wesentlichen Unterschiede vom Vorsatz — stets in einem negativen Verhalten des Willens. Gleichwohl liegt in diesem Negativbösen auch ein Positivböses, nämlich das Wissen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als realmögliche Folge entwickelt.

Anm. — Auch beim Versehen ist, wie beim Vorsatze, ein Wissen und Wollen vorhanden, aber ein solches, das nicht identisch ist mit der objektiven Existenz der Handlung; — sondern ein Wissen und Wollen nur der Bedingung, welche die reale Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolgs enthält. Wer nun die Bedingung weiß und will, der soll auch wissen, was aus dieser Bedingung als reale Möglichkeit folgt (obligatio ad diligentiam). Eben hier aber bricht bei dem kulpos Handelnden das Wissen in Folge der Trägheit des Willens ab. Da nun die Bedingung die eine wesentliche Seite einer Sache ist (die Wirklichkeit ist die andre), diese Bedingung aber auch von dem kulpos Handelnden gewußt und gewollt wurde, so ist auch das

Digitized

Verſehen ein Verbrechen [1]). — Richtig bemerkt Michelet: „Der Irrthum, der hier in Betracht kommt, iſt der vermeidliche. Wann aber der Menſch Princip des Irrthums ſei, wann nicht, kommt eben auf den einzelnen Fall an und iſt aus deſſen Natur zu beurtheilen. Daß allgemeine Regeln für ihn nicht ausreichen (auſſer da, wo der Irrthum ſelbſt noch durch Mittelurſachen, wie Schlaf, Trunkenheit, Affekt, hervorgebracht wird), bekennt auch Ariſtoteles, indem Erfahrung und verſtändige Abſchätzung allein hier zu entſcheiden habe. Spricht nun dieſe das Schuldig aus, ſo muß, da der Wille Princip iſt, irgend eine innere Dispoſition des Handelnden das Auffaſſen der Umſtände verhindert haben, und, inſofern ein Name für daſſelbe verlangt wird, bietet ſich der Vorſtellung Nachläßigkeit oder Fahrläßigkeit dar. Alſo erſt, wenn Jemanden Umſtände verborgen blieben, obgleich er ſeine Aufmerkſamkeit anſtrengte, ſie aufzufaſſen, iſt er frei von aller Schuld [2])." Gegen dieſe Anſicht vom Verſehen iſt neuerdings Luden [3]) aufgetreten, indem er behauptet, daß gerade das Geſchilderte nicht kriminelle culpa ſei,

1) Stübel N. Arch. VIII. S. 295—308. will den Begriff der culpa aus dem Kriminalrechte ganz verbannt haben, weil er mit v. Almendingen läugnet, daß es überall eine Beziehung des Willens auf ein negatives Verhalten des Bewußtſeins gebe. Deshalb will er im kulpoſen Vergehen nur die gefährliche Handlung, und konſequenter Weiſe auch ohne eingetretenen Erfolg, geſtraft wiſſen; insbeſondre aber nur die gefährliche Handlung aus Leichtſinn, während gegen die gefährliche Handlung aus Unbedachtſamkeit nur polizeiliche Sicherungsmittel anwendbar ſeyn ſollen. Von dieſer Anſicht geht denn im Weſentlichen auch das öſtreichiſche Geſetzbuch aus. Jenull öſtr. krim. Recht. I. S. 65 ff. Eine Vermittlung verſucht Oerſted Grundregeln S. 251, 252.

2) Mittermaier Note 1. zu Feuerbach §. 55. Gärtner finium culpæ in jure crim. regund. 1836.

3) Handbuch §. 38. Abhandl. II. S. 296 ff.

Digitized by Google

dieſe vielmehr in etwas ganz Andrem beſtehe, was wir unſrerſeits gar nicht mehr als culpa, ſondern als Mittelglied zwiſchen dolus und culpa anſehen. Während nämlich der hier aufgenommene Begriff des Verſehens theils der aller neueren Kriminaliſten, theils auch der unſrer neuen Geſetzgebungen iſt, nur daß dann in der Regel wieder zwiſchen bewußter und unbewußter culpa unterſchieden, und mit erſterem Gliede über das Weſen der culpa hinausgegangen wird [1]), ſo ſoll nach Luden die culpa eben nur in dieſem Weiteren liegen, was, wie unten gezeigt werden ſoll, keineswegs mehr reine culpa iſt. Recht hat er nun zwar darin, wenn er die abſtrakte Reduktion der culpa auf einen Verſtandesfehler verwirft, Unrecht aber darin, wenn er mit dem Momente des negativböſen Willens das Gleiche thut. Er ſagt: damit ſei offenbar noch nicht erklärt, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg in dem Willen des Handelnden gelegen habe; wenn aber nicht gerade der hervorgebrachte Erfolg auf den Willen des Handelnden zurückgeführt werden könnte, ſo könnte nicht von beſtimmten kulpoſen Verbrechen (Tödtung, Brandſtiftung ꝛc.) die Rede ſeyn [2]), ſondern nur von einem Verbrechen des Handelns mit dem Willen, nicht die gehörige Aufmerkſamkeit und Sorgfalt anzuwenden. Allein dieſe Einwendung trifft ja keineswegs die Beſtimmung der culpa als eines negativ böſen Willens, ſondern vielmehr nur die allerdings unrichtige Anſicht Feuerbachs, welcher zur culpa ein vorſätzliches Uebertreten des die obligatio ad diligentiam einſchärfenden Geſetzes verlangt. Die Einwendung müßte alſo jedenfalls anders lauten,

1) Vgl. auch Rossi II. S. 203. Carmignani II. S. 201. Hellie V. S. 470.

2) Vgl. die Auffaſſung von Stübel N. Arch. VIII. S. 236 ff, der dieſen Geſichtspunkt konſequent durchführt.

Digitized

nämlich dahin, daß man nur von einem Verbrechen des nicht Aufmerkenwollens reden könnte. Auch so aber ist sie ganz unbegründet. Luden fordert, es müsse erklärt werden, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg im Willen des Handelnden gelegen habe, die Tödtung ꝛc. Dies, meint er, könne nicht der Fall seyn, wenn die kulpose Rechtsverletzung gerade als die nicht gewollte bestimmt werde. Hier übersieht er wieder, daß unter: nicht gewollt nur: nicht direkt gewollt, nicht vorsätzlich gemeint ist. Daß aber culpa und dolus unterschieden seien, giebt er selbst zu. Indessen zeigt gerade seine Forderung, daß er diesen Unterschied sich nicht klar gedacht haben kann. Denn so, wie sie lautet, führt sie offenbar auf den dolus. Es müsse, sagt er, auch bei der culpa der rechtsverletzende Erfolg im Willen gelegen haben, nur nicht direkt, sondern indirekt, d. h. so, daß der Handelnde sich den Kausalzusammenhang nicht als nothwendig, sondern nur als möglich vorgestellt habe. „Bei dieser Vorstellung ist es nicht möglich, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit zu wollen; dagegen könnte gar nicht von strafbarer culpa die Rede seyn, wenn sich nicht nachweisen ließe, daß derselben, ungeachtet sie nicht Absicht ist, der Wille zu Grunde liegt, die verbotene Handlung zu begehen," d. h. mit andern Worten: die culpa ist nicht direkter dolus, wohl aber indirekter. Denn, sobald der Wille in positivem Verhältnisse zum Erfolg gedacht wird, so ist zwar nicht immer direkte Absicht (Vorsatz), immer aber Absicht vorhanden. Der Unterschied von nothwendiger und bloß möglicher Folge ist an und für sich ganz richtig; aber das Falsche liegt darin, daß Luden die Vorstellung der möglichen Folge fordert, wodurch die culpa sogleich in den dolus übergeht. Was er ganz übersieht, das ist der Begriff der mittelbaren Folge, auf

den hier Alles ankommt. So lang wir den Willen als direktes Princip der Folge haben, er denke sich diese als nothwendig oder bloß als möglich, stehen wir im Kreis der Absicht; diesen verlassen wir erst dann, wenn wir den Willen bloß als mittelbares Princip der Folge setzen [1]). Warum sollte aber eine bestimmte Folge, Tödtung ꝛc. nicht mittelbar auf den Willen als Princip zurückgeführt werden können? Den kulpos Tödtenden sehen wir ja gerade nicht deshalb für strafbar an, weil er tödten wollte, sondern deshalb, weil er so unglücklich war, wider Willen zu tödten. Wir imputiren gerade die objektive Qualität der That seinem Willen nicht; es ist wenig Unterschied, ob er getödtet, Brand gestiftet oder welchen Schaden er sonst hervorgebracht hat, wenn gleich die Größe des Schadens auf das Maß der Strafe von Einfluß ist. Die innere Natur des kulposen Delikts wird durch den Gegenstand nicht modificirt. Gleichwohl ist gerade das Gegentheil dieser Behauptung die falsche Voraussetzung, von welcher Luden ausgeht. Uebrigens macht derselbe auch bei dieser Lehre wieder eine bedeutende Konceſſion, wenn er sagt: die Vorstellung, welche zur culpa gehöre, habe der Handelnde in jedem Falle, in welchem er sich nicht vorstelle, daß kein Kausalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und der verbotenen Handlung stattfinde, ohne sich dabei vorzustellen, daß derselbe bestimmt stattfinde. Auch hier sehen wir ihn wieder mit der linken Hand zurückgeben, was er mit der rechten genommen hatte. Zum Begriff der culpa soll die Vorstellung der möglichen Folge gehören; andrerseits soll diese Vorstellung stets als vorhanden an-

1) Letzteres erkennt freilich auch die gewöhnliche Theorie nicht an, sofern sie eine bewußte culpa annimmt. S. Mittermaier Note zu Feuerbach §. 56. Dasselbe nennen Andre culpa proxima. S. Wächter I. §. 80 N. 59. Grolman §. 48. Henke I. S. 359.

Digitized by Google

genommen werden, wenn nur nicht der Handelnde die Vorſtellung vom Gegentheil gehabt habe. Wie ſoll ſich damit der Einwurf reimen, den Luden der gewöhnlichen Theorie entgegenhält, „daß der nicht wirklich vorhergeſehene Erfolg nicht in dem Willen des Handelnden gelegen haben könne, wenn er auch von ihm hätte vorhergeſehen werden können und müſſen? Er ſelbſt präſumirt ja die Vorſtellung der möglichen Folge, ſobald nur nicht der Handelnde beweist, daß er die Vorſtellung vom Gegentheil gehabt habe. In dieſer Präſumtion liegt ja aber gerade die getadelte Zumuthung an den Handelnden, daß er die Vorſtellung von der möglichen Folge hätte haben ſollen, oder daß er ſie gehabt haben müſſe. Ebenſo unbegründet iſt die Behauptung, daß nach der gewöhnlichen Theorie die Grenze der kriminellen culpa nur in den Begriff der mäßigen Sorgfalt gelegt werden könne. Wenn Luden dieſe Beſtimmung tadelt, ſo hat er Recht, und eben daher auch darin, daß er ſich beſtrebt, den Anfangspunkt der ſtrafbaren culpa der in das Privatrecht gehörenden Abſtraktion zu entnehmen, und denſelben durch Zurückführung auf die Individualität konkret zu machen. Allein daß er dazu das rechte Mittel gewählt habe, iſt ſehr zu bezweifeln. Praktiſch iſt ſein Mittel gewiß nicht. Denn er ſtellt Alles auf den vom Handelnden zu führenden Beweis, daß er ſich gar keinen ſchlimmen Erfolg als möglich gedacht habe. Da nun aber dieſer Beweis nie oder nur im ſeltenſten Falle wirklich wird geführt werden können, ſo wird nach Luden das „bewußte Nichtwiſſen" präſumirt und culpa angenommen werden müſſen auch in ſolchen Fällen, wo die gewöhnliche Theorie es nicht thut. Die neue Anſicht wird alſo gerade das, was ſie vermeiden will, auf eine noch bedenklichere Weiſe herbeiführen. Aber auch theoretiſch empfiehlt ſich dieſelbe keineswegs. Denn einmal giebt ſie

Digitized by Google

ſich nur irrig als neu aus, ſofern ſie, wie geſagt, ſo gut als die gewöhnliche Anſicht eine obligatio ad diligentiam aufſtellt („da man nur ſolche Handlungen vornehmen ſoll, von welchen man ſich vorſtellt, zu wiſſen, daß keine verbotene Handlung damit begangen werde"), und von dem Handelnden, ſobald er nur dieſe Vorſtellung gehabt zu haben nicht beweiſen kann, annimmt, er habe ſich in bewußtem Nichtwiſſen befunden, d. h. er habe ſich die ſchlimme Folge als möglich vorſtellen müſſen. Sodann iſt ſie zwar allerdings relativ neu, ſofern ſie als Seitenſtück zu der ehemaligen praesumtio doli nun auch noch eine praesumtio culpæ aufſtellt; aber eben dieſes Geſchenk wird die Wiſſenſchaft als ein zweideutiges zurückweiſen müſſen. Sie iſt mithin 1) unrichtig, ſofern ſie die culpa durch ein Moment beſtimmt, das weſentlich den dolus bezeichnet, und konſequenterweiſe zur Verwandlung der culpa in dolus führen müßte; dieſer Konſequenz ſucht ſie nun allerdings zu entgehen, wird aber dadurch 2) inkonſequent, ſofern ſie an die Stelle der poſitiven Vorſtellung der möglichen Folge den negativen Ausdruck ſetzt, wodurch ſie wieder in das Gebiet der gewöhnlichen Theorie zurückfällt, 3) geht ſie aber über dieſes wieder hinaus, ſofern ſie das bewußte Nichtwiſſen, d. h. die Uebertretung der obligatio ad diligentiam ſolang präſumirt, als nicht der Handelnde einen faſt unmöglichen Beweis führen kann. Unmöglich iſt nämlich der geforderte Beweis, ſobald man es irgend genau damit nehmen will, was man doch ſtets als Vorausſetzung annehmen muß. Denn Niemand kann beweiſen, daß er ſich bei irgend einer Handlung jede mögliche ſchlimme Folge poſitiv als ausgeſchloſſen gedacht habe. Will man dann konſequent ſeyn und in Ermanglung dieſes Beweiſes bewußtes Nichtwiſſen annehmen, ſo iſt die Folge, daß man auch rein zufällige Folgen zur

culpa zurechnen muß. — Um wie viel richtiger ist auch hier die gewöhnliche Ansicht, sobald man nur die Bestimmung der „mäßigen" Sorgfalt als eine ungehörige aus dem Strafrechte ausweist, und die sogenannte bewußte Fahrläßigkeit vorläufig ausscheidet! Die unbewußte culpa der gewöhnlichen Ansicht ist gerade das charakteristische Dritte zwischen Vorsatz und Zufall. Sie enthält kein Moment des dolus in sich, sie läßt sich aber auch von dem Gebiete des casus sehr bestimmt abgrenzen. Daß letzteres nicht auf abstrakte Weise geschehen dürfe, hat Luden richtig eingesehen. Aber ebenso unrichtig ist es, den Beweis vom Handelnden zu fordern, der nach Luden zu fordern wäre. Vielmehr ist in jedem konkretem Falle zu untersuchen, ob diesem bestimmten Individuum nach seinem Maß von Einsichten die Zumuthung gemacht werden könne, daß es die Folge hätte voraussehen können und sollen [1]), wo denn allerdings z. B. eine kulpose Vergiftung bei einem Apotheker statuirt werden muß, während bei einem andern Subjekte in demselben Falle der Erfolg vielleicht als reiner Zufall erschiene. Niemals wird daher culpa präsumirt, sondern es muß dem Handelnden bewiesen werden, daß der Erfolg nicht als zufälliger betrachtet werden könne, daß es ihm nach dem Maße seiner Einsichten unter den konkreten Umständen möglich gewesen wäre, denselben vorher zu bedenken, und daß er durch die Unterlassung dieser Reflexion die im vorliegenden Fall begründete obligatio ad diligentiam übertreten habe. Dabei wird aber nicht dieser Schuld der unterlassenen Reflexion auf zweideutige Weise die Präsumtion der positiven Vorstellung von der Möglichkeit der Folge (worin sogar eine praesumtio doli liegt), untergeschoben, sondern das, worauf Luden erst durch einen Umweg kommt, von

1) Oersted Grundregeln S. 236.

Digitized by Google

vorn herein als das Wesen der Sache ausgesprochen. — Hiemit soll übrigens keineswegs die hergebrachte Theorie über die culpa in Bausch und Bogen vertheidigt werden, wie sich unten noch näher ergeben wird.

§. 100.

Da es das Wesen des Versehens ist, aus einem Irrthume zu entspringen, welchen nicht vermieden zu haben, dem Willen zur Schuld zugerechnet werden kann, so ist seine Grenze gegen den Zufall relativ. Es kann dem einen noch als Versehen zugerechnet werden, was dem Andern als Zufall nicht mehr zuzurechnen ist. Denn die Frage, ob ein Irrthum vermeidlich gewesen sei, kann immer nur nach der Subjektivität des Handelnden und den Umständen des konkreten Falls entschieden werden. Die Grenze läßt sich daher nur negativ so angeben, daß der Handelnde wegen Versehens dann nicht verantwortlich ist, wenn ihm als solchem unter den vorliegenden Umständen nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als eine realmögliche Folge seiner Handlung voraus in seine Reflexion hätte aufnehmen sollen. So wenig sich aber eine schlechthin bestimmte Grenze zwischen Versehen und Zufall bezeichnen läßt, ebensowenig können absolute Grade des Versehens angegeben werden, und zwar aus demselben Grunde. Dieselben könnten nämlich nur hergenommen werden von der größeren oder geringeren Leichtigkeit, die Folge vorauszusehen. Allein darüber läßt sich objektiv nichts voraus bestimmen, weil die Wahrscheinlichkeit eine durchaus relative, nach der Subjektivität sich richtende Bestimmung ist. Allein nicht einmal für die einzelne Subjektivität giebt es Grade des Versehens, sofern man unter Grad eine durch qualitative Differenz fixirte Quantitätsbestimmung versteht. Denn es lassen sich zwar unendlich viele quantitative Abstufungen denken, aber nirgends ein Umschlagen dieser in qualitative Differenz. Das Versehen im Strafrecht unter-

ſcheidet ſich hiedurch weſentlich von dem Verſehen des bürgerlichen Rechts, bei welchem letzteren eine ſolche Eintheilung in Grade (culpa lata und levis) deshalb allerdings möglich iſt, weil bei dem, allem bürgerlichen Rechte zu Grunde liegenden, negativen Verhalten der Perſon zu andern Perſonen allerdings ein Mittelmaß der Aufmerkſamkeit ſich angeben läßt, nach welchem das Verhalten der einzelnen Subjektivität, die als ſolche dem bürgerlichen Rechte gleichgiltig iſt, gemeſſen und unter verſchiedene Grade der Verantwortlichkeit in Beziehung auf den Schadenserſatz rubicirt werden kann.

Anm. — Die Lehre von den Graden des Verſehens iſt gewöhnlich deshalb verworren, weil man ſich den Unterſchied von culpa und dolus nicht gehörig zum Bewußtſein bringt. Es hat das ganze Kapitel von dolus und culpa ſeine für die gegenwärtige Doktrin zur Norm gewordene Bearbeitung von den Matadoren der kritiſchen Philoſophie in der Rechtswiſſenſchaft erhalten, insbeſondre von Grolman und Feuerbach, deren Beſtreben nothwendig dahin gehen mußte, Begriffe der culpa aufzuſtellen, die mit einer relativen Strafrechtstheorie harmoniren könnten. Je ſchwieriger es nun iſt, das wahre Weſen der culpa in einer Verhütungs- oder Abſchreckungstheorie, überhaupt in irgend einer Theorie unterzubringen, die durch das äuſſere Strafgeſetz auf den Willen wirken will, um ſo mehr Scharfſinn mußte bei jenem Beſtreben, aber freilich erfolglos, aufgewendet werden. Denn es wird ſich unten ergeben, daß durch die Beſtimmungen von Grolman und Feuerbach der weſentliche Unterſchied von culpa und dolus keineswegs richtig feſtgeſtellt und eben deshalb auch die Frage nach den Graden der culpa unrichtig beantwortet worden iſt, ſofern ſie Momente, die offenbar zum dolus gehören, irriger Weiſe noch unter die culpa rubriciren. Dieſen Mangel hat auch Berner

Digitized by Google

S. 244 an Feuerbach richtig entdeckt, gleichwohl aber durch deſſen Beiſpiel ſich beſtechen laſſen, noch zwei Grade des Verſehens (übereinſtimmend mit dem Wirtembergiſchen Strafgeſetzbuch) zu unterſcheiden, von denen der eine durchaus nicht mehr der culpa angehört. Sieht man hievon ab, ſo iſt der Satz, daß es innerhalb der culpa durch Unbedachtſamkeit, welche allein reine culpa iſt, keine Grade geben könne, von ihm in Uebereinſtimmung mit Michelet S. 65 [1]) — ganz richtig ausgeführt. Nur den letzten Grund, warum in ſpecifiſchem Unterſchiede vom Civilrechte das Strafrecht keine Gradationen des Verſehens ſtatuiren kann, heben beide nicht hervor. Er liegt eben darin, woraus auch folgt, daß der Anfangspunkt der ſtrafbaren culpa durchaus nur relativ beſtimmt werden kann, nämlich darin, daß es ſich im Strafrechte immer nur um die beſtimmte Subjektivität, nicht um dieſe im Verhältniß zu andern Perſonen handelt, für die Subjektivität aber und ihre Fähigkeit, Irrthümer zu vermeiden, keine abſtrakte Grenze geſetzt werden kann, und eben daher auch keine allgemein giltigen Grade des Verſehens, ja überhaupt keine ſich angeben laſſen [2]). Ganz anders iſt dies im Civilrechte, wo die Subjektivität als ſolche indifferent iſt, und Alles ſich um das Verhalten der Perſon zu andern Perſonen, nach dem Principe der gleichen Wil-

1) Wenn Mittermaier Not. 1. zu Feuerbach §. 58 ſagt, die Unmöglichkeit, die culpa auf beſtimmte Grade zurückzuführen, ſei allgemein eingeſehen, ſo iſt dieß nur hinſichtlich des Unterſchieds von culpa lata und levis richtig, nicht aber hinſichtlich des Unterſchieds zwiſchen bewußter und unbewußter culpa, der doch auch ein Gradunterſchied iſt. Ja ſelbſt in jener Hinſicht nicht ohne Ausnahme; ſ. Wächter I. §. 80. n. 58. u. die dort Angef.

2) Vergl. Weber im N. Arch. VII. S. 561. 562. A. M. das Bair. Strafgb. §§. 56. 68. Dagegen aber Oerſted Grundregeln S. 256—269.

Digitized by Google

lensgeltung, dreht. Hier ist es eben um dieses Verhältnisses willen möglich und nöthig, einen allgemein giltigen Maßstab festzusetzen, nach welchem sich Grade der culpa unterscheiden lassen. Wie Berner sagen mag, daß diese Unterscheidungen nicht im Wesen der Sache, sondern auf einer äusserlichen Relativität beruhen, ist nicht einzusehen. Gerade aus dem Wesen der verschiedenen bürgerlichen Rechtsverhältnisse geht es hervor, daß bei ihnen verschiedene Arten von Sorgfalt gefordert werden, bald nur die, welche selbst einem minder Sorgfältigen zuzumuthen ist, bald die Normalsorgfalt eines guten Hausvaters, bald wenigstens soviel Sorgfalt, als man in seinen eigenen Geschäften zu beobachten pflegt. Da nun diese Arten von Sorgfalt zugleich der Größe nach unterschieden sind, und jedesmal das, was über die geforderte Sorgfalt hinausfällt, zum nicht imputablen Zufall gerechnet wird, so giebt es hier verschiedene Grade von culpa. Dabei ist allerdings die sogenannte culpa in concreto relativer Natur, indem bei ihr die Subjektivität des Handelnden berücksichtigt werden muß. Allein der wesentliche Unterschied vom Strafrechte ist der, daß in den Fällen der diligentia, quam quis suis, die eben nur im Kreise obligatorischer Verhältnisse vorkommen, nicht die Subjektivität an und für sich, sondern dieselbe in Vergleichung mit dem allgemeinen Maßstabe zur Erwägung kommt. — Daß bei dem Versehen im Strafrecht keine Grade unterschieden werden können, giebt auch Luden Handb. S. 269 — 271 richtig an; nur liegt der Grund nicht in dem von ihm aufgestellten Begriffe der culpa, sondern in dem Satze, den er bei Anführung der hergebrachten Theorie ausspricht, daß es nicht wohl möglich sei, die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines Erfolges nach bestimmten Graden abzumessen, zumal da

Digitized by Google

es immer nur darauf ankommen könnte, wie wahrscheinlich oder unwahrscheinlich derselbe dem Handelnden nach seiner individuellen Einsicht gewesen sei. — Aus dem Wesen des Versehens lassen sich mithin weder Grade, noch ein allgemein giltiger Anfangspunkt seiner Zurechenbarkeit ableiten. Eine andre Frage ist aber die, ob es für den Staat nicht rathsam, ja ob er nicht schuldig ist, eine Grenze festzusetzen [1]), was jedoch nicht in die Lehre von der Zurechnung gehört.

§. 101.

Das Versehen drückt einen geringeren Schuldgrad aus, als der Vorsatz. Denn während bei diesem die subjektive Seite der Handlung mit ihren beiden Momenten, dem Wissen und dem Willen, der objektiven entspricht, Wille und That sich decken, so ist im Versehen ein Ueberschuß des Thatmoments über das Willensmoment enthalten; der Handelnde wußte und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolgs, sondern wollte nur dessen Bedingung, seine reale Möglichkeit; seine Schuld ist es aber, daß er diese Möglichkeit nicht auch in sein Wissen erhoben hat, was ihn abgehalten haben würde, die Bedingung einer solchen mittelbaren Folge zu wollen. Bei objektiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt also beim Versehen nur ein theilweises Entsprechen von Willen und That vor, während dieses Entsprechen bei der vorsätzlichen Handlung vollständig ist. Zugleich ist aber klar, daß das Versehen dann in Vorsatz übergeht, wenn das bloß mögliche Wissen zum wirklichen erhoben, d. h. der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der mittelbaren Folge wirklich eingesehen und mit diesem Wissen gehandelt wurde.

Anm. — Daß das Versehen einen geringeren Schuld-

---

1) Vergl. vorläufig Bauer Abh. I. S. 288. Oersted Grundregeln. S. 234 — 237. Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 55.

grad ausdrückt, als der Vorsatz, liegt in dem Wesen dessen, was bei ihm in die Zurechnung fällt und was nur einen Theil von demjenigen bildet, worauf sich beim vorsätzlichen Verbrechen die Zurechnung erstreckt. Von dem relativen Maße der Strafbarkeit beider zu reden, ist dagegen hier nicht der Ort [1]). — Ueber den Uebergang der culpa in den dolus eventualis s. Michelet S. 64 [2]). Uebrigens wird sich unten ergeben, daß es noch eine näher liegende Form giebt, in welcher das Versehen, ohne völlig in dolus zu übergehen, doch etwas von seiner Natur in sich aufnimmt und, neben der Form des impetus, eine eigenthümliche Mittelstufe zwischen der reinen culpa und dem reinen dolus bildet.

§. 102.

In dem kulposen Verbrechen liegt der Uebergang vom Kriminalvergehen in das Polizeivergehen. Auch dieses besteht in dem Wollen einer Handlung, aus welcher als mittelbare Folge sehr leicht eine Rechtsverletzung entstehen kann. Allein zwischen beiden findet gleichwohl ein sehr wesentlicher Unterschied Statt. Die Polizei hat es nämlich überall nicht mit dem An sich Unrechten und dem wirklichen Unrecht zu thun, sondern lediglich mit dem Wohle, zu welchem Behufe sie als Sicherheitspolizei unter Anderm auch solche Handlungen bei Strafe verbietet, welche, an sich indifferent, die reale Möglichkeit des Unrechts in sich tragen. Derlei Handlungen sind nun allerdings in der Regel dieselben mit denjenigen, aus welchen das kulpose Vergehen entspringt. Aber sie gehören eben vor die Polizei nur dann, wenn es bei der bloßen Möglichkeit des Unrechts geblieben ist, während sie der Rechtspflege dann zufallen, wenn sich das wirkliche Unrecht daraus entwickelt hat.

---

1) Oersted. Grundregeln. S. 252 — 255.

2) s. auch Mittermaier Not. zu Feuerbach §. 56.

Digitized by Google

Zwar scheint von der gerechten Bestrafung des bloß versuchten vorsätzlichen Verbrechens eine Einwendung gegen den Satz hergenommen werden zu können, daß es die Rechtspflege nur mit dem existent gewordenen Unrechte zu thun habe. Allein diese Einwendung fällt vor der Einsicht, daß der irgendwie in That übergegangene Vorsatz bereits über die bloße Möglichkeit des Unrechts hinausgeschritten und in das Stadium seiner Existenz eingetreten ist, während umgekehrt der kulpose Wille solang, als das Unrecht nicht objektiv existent worden ist, bloße Möglichkeit desselben bleibt, und eben deshalb nicht die Rechtspflege, sondern nur die Rechtspolizei angeht. Das kulpose Verbrechen setzt deshalb voraus, daß die rechtsverletzende Folge wirklich in die Existenz getreten sei. Erst durch diesen wirklichen Effekt erhält die kriminelle Zurechnung desselben einen Inhalt, ja sie wird dadurch überhaupt erst möglich, da ohne einen solchen die Frage gar nicht entstehen könnte, ob der Wille des Handelnden negativböse gewesen sei, ob er diese Folge als eine mittelbare Folge seiner Handlung hätte voraussehen können. Darum ist denn auch die Zurechnung bei dem Polizeivergehen eine wesentlich andre, als bei dem kulposen Verbrechen. Bei jenem wird dem Handelnden seine Handlung nur als eine dem Wohl gefährliche, es wird ihm nicht das mittelbar darin enthaltene an sich Unrechte zugerechnet; und eben um des ersteren Moments willen läßt der Staat, der solche Handlungen ausdrücklich verbietet und für möglichste Verbreitung des Verbots sorgt, mit Recht beim Polizeivergehen Vorsatz und Fahrläßigkeit sich indifferenziren. Dagegen wird beim kulposen Kriminalvergehen gerade umgekehrt das mittelbar in der gefährlichen Handlung enthaltene an sich Unrechte zugerechnet. Der innere Grund der Zurechnung ist freilich in beiden Fällen derselbe, nämlich das Negativböseseyn des Willens, wodurch er die positive Bedingung für mittelbar entstehendes Unrecht wird. Aber gerade weil dieser negativböse Wille nur negativbös, nur die

reale Möglichkeit des Unrechts ist, so muß die Zurechnung eine verschiedene werden, je nachdem diese Möglichkeit bloße Möglichkeit bleibt oder die Wirklichkeit aus sich entbindet.

Anm. — Michelet S. 72. 79. giebt über diesen Punkt Andeutungen, die ihre theilweise Berichtigung und Ergänzung im Vorstehenden finden. Auch bei Berner S. 231. 232. findet sich die Sache selbst richtig angegeben, nur ohne den rechtfertigenden Grund. Eben daher kommt es auch, daß er das Oestreichische Gesetzbuch wegen seiner Verweisung der culpa in das Gebiet der Polizeiübertretungen relativ mit Unrecht tadelt. Denn, wenn es gleich sehr richtig ist, daß kulpose Handlungen (und zwar nicht nur unter gewissen Bedingungen, wie B. sagt) wahre Rechtsverletzungen sind, so möchte man doch eben hievon den Grund wissen und den Unterschied von kulposen Verbrechen und Polizeivergehen etwas genauer, als bloß mit der Angabe der verschiedenen Zwecke der Justiz und Polizei, begründet sehen, um somehr, da, wie Michelet treffend angiebt, das kulpose Vergehen eben den Uebergang von den Kriminalvergehen in die Polizeiübertretungen bildet. Gerade die Einsicht in die relative Identität der kulposen und der Polizeivergehen würde dann aber dazu geführt haben, das Verfahren des östr. Gesetzbuchs gerechter zu würdigen, obgleich im Resultate freilich mit den Tadlern übereingestimmt werden muß. — Von Stübel in der scharfsinnigen Abhandlung im N. Arch. VIII. S. 236 — 323 [1]) sind eben die im §. angegebenen Momente verkannt.

§. 103.

Die Handlung, wie sie im Versehen erscheint, steht nicht mehr in bloß formeller Einheit mit dem Willen als sein bloßer

1) Vergl. Oersted. S. 249 — 252.

Digitized by Google

ſelbſtloſer Wiederſchein, wie es bei der vorſätzlichen Handlung der Fall iſt. Sie erſcheint aber auch nicht mehr ſo in ſich gebrochen, wie beim Zufall, daß nur einige ihrer Seiten dem Willen angehören, andre aber nicht; vielmehr gewinnen beim Verſehen alle Momente der Handlung eine Beziehung zum Willen und ſtellen dadurch die im Zufall gebrochene Allgemeinheit derſelben wieder her, allein nun nicht mehr ſo, daß dieſe Allgemeinheit der willkührliche Zuſammenhang ſubjektiver Reflexion iſt, wie beim Vorſatz, ſondern ſo, daß ſie als objektiver Zuſammenhang an dem Thatmomente erſcheint. Dieſe objektive Allgemeinheit iſt nun aber nichts Anderes, als die Subſtanz der Handlung ſelbſt, die ſich in den einzelnen Thatmomenten, den Umſtänden und Folgen als in ihren Accidenzen und nothwendigen Wirkungen bethätigt. Sofern der Wille nun eben dieſe allgemeine Qualität, die innere Natur der Handlung ſelbſt auffaßt, und dieſe äuſſerlich zu verwirklichen ſtrebt, iſt er nicht mehr Vorſatz, ſondern Abſicht.

Anm. — Abegg. §. 83. Zuſ. findet gerade den Ausdruck Vorſatz (propositum) am geeignetſten für die Bezeichnung des dolus, und weist den Ausdruck Abſicht deshalb ab, weil hiemit das Verhältniß des Willens zum Zwecke, deſſen Mittel der Erfolg ſeyn ſolle, bezeichnet werde. Allein, ſo indifferent auch der Wortſtreit erſcheint, ſobald man ſich nur über den Inhalt verſtändigt hat, der mit beiden Worten bezeichnet werden ſoll, ſo iſt es doch philoſophiſch unrichtig, wenn Abegg den dolus gerade durch den Vorſatz richtiger bezeichnet findet, als durch Abſicht. Und nicht nur philoſophiſch, ſondern auch poſitivrechtlich. Denn es ſoll künftig nachgewieſen werden, daß zwar allerdings der dolus des römiſchen Rechts dem Ausdruck Vorſatz genau entſpricht, dagegen der dolus in der Auffaſſung des deutſchen Rechts ein weit reicherer, und konkreterer, weil durch das Gebiet der vom römiſchen

Digitized by Google

Rechte noch keineswegs in ihrem vollen Wesen gewürdigten culpa hindurchgegangener Begriff ist, der seinerseits dem Ausdruck Absicht entspricht. Nur freilich muß man nicht Absicht und Zweck identificiren, sondern nur das darunter verstehen, was darunter verstanden werden muß, und was von Hegel §. 119 sehr treffend herausgehoben ist. — Dem Vorsatz ist die Willkührlichkeit der subjektiven Reflexion wesentlich, wodurch die objektive Seite der Handlung als das ganz Selbstlose und Passive gesetzt wird. Daher ist auch die Allgemeinheit in der vorsätzlichen Handlung keine objektive, in sich selbst begründete, sondern eine bloß formelle, durch die Willkühr der subjektiven Reflexion bestimmte. Die Totalität der vorsätzlichen Handlung erstreckt sich eben nur soweit, als das Wissen und Wollen des Subjekts geht. Gesetzt also, es setzte sich einer vor, einen Andern in's Herz zu stechen, und er tödtet ihn durch die Ausführung dieses Vorsatzes, so ist der Stich in's Herz, nicht aber die Tödtung eine vorsätzliche Handlung. Es wird zwar Jedermann die Tödtung dem Handelnden zurechnen; aber dies kann eben nur geschehen, indem man dem beschränkteren Begriffe des Vorsatzes den weiteren Begriff der Absicht substituirt. Man glaube aber nur nicht, daß es mit der Ungenauigkeit in den Begriffen nicht viel auf sich habe. Die praktischen Folgen bleiben nicht aus, und es giebt dafür nichts Lehrreicheres, als das Studium der Kammerverhandlungen über die modernen Strafgesetzbücher. So kann z. B. aus den Verhandlungen der Wirtembergischen Abgeordnetenkammer sehr gut nachgewiesen werden, wie man oft genug den Begriff der Absicht auf der Zunge hatte, und gleichwohl bei dem einmal von vorn herein angenommenen Feuerbachischen Standpunkt gerade in den kritischen Fällen sich nicht anders zu helfen wußte, als

Digitized by Google

indem man in offenbarem Widerſpruch mit der theoretiſchen Grundlage des Geſetzbuchs mittelſt der Strafbeſtimmungen das der Wahrheit gemäße Reſultat herausbrachte. — Die Einſeitigkeit des Vorſatzes erzeugt den direkten Gegenſatz deſſelben, den Zufall. Während bei jenem die objektive Seite der Handlung als ſelbſtlos in der ſubjektiven verſchwindet, ſo macht ſie ſich beim Zufall umgekehrt als unabhängig von dem Wiſſen und Wollen des Subjekts geltend; es tritt darin die urſprüngliche Fremdheit der Objekte in ihrer ganzen Schroffheit hervor. Am Zufalle mithin wird das freie Subjekt gedemüthigt; es lernt, daß es ihm nicht gegeben ſei, die endliche Welt ſchlechthin zu beſtimmen, ſondern daß es ſich ebenſowohl ein Beſtimmtwerden durch ſie gefallen laſſen müſſe. Dieſe Wahrheit tritt eben in dem Momente der kriminellen culpa praktiſch an das Subjekt heran. Das Recht des Subjekts, nur das als das Seinige anzuerkennen, was es wiſſentlich als das Seinige geſetzt hat, erleidet die weſentliche Beſchränkung, daß es auch dasjenige als das Seinige anerkennen muß, was es zwar nicht gewußt hat, aber indem es ſich zum Handeln anſchickte, hätte wiſſen können und ſollen. Die Allgemeinheit der Handlung tritt ſomit ſchon im Verſehen von der ſubjektiven Seite auf die objektive herüber. Der Handelnde ſoll an die Folgen ſeiner Handlung denken. Es iſt nicht genug, keine böſen Vorſätze zu faſſen, ſondern man ſoll ſich auch anſtrengen, nicht unvorſätzlich zu Verbrechen zu kommen. Dies ſoll man eben dadurch leiſten, daß man ſich nicht mit der willkührlichen Allgemeinheit der Reflexion, wie ſie im Vorſatze liegt, begnügt, ſondern ſich bemüht, die objektive Allgemeinheit in der Handlung ſelbſt aufzufaſſen, die Handlung ſelbſt ſich als ein Ganzes zu denken, das ſeine Theile, als eine Urſache, die ihre Wirkungen, ihre nothwendigen und mög-

Digitized

lichen Folgen hat. Dies ist eben die obligatio ad diligentiam, die von dem kulpos Handelnden übertreten wird. Diese objektive Allgemeinheit der Handlung selbst nun, wornach sie als die Substanz ihrer einzelnen Umstände, als die Ursache ihrer Wirkungen, als ein wirklicher, lebendiger Begriff, eine Totalität für sich erscheint, diese ihre innere Natur und allgemeine Qualität macht das Substrat für den Begriff der Absicht aus. So hat in dem vorgedachten Falle die Handlung des in's Herz Stechens die allgemeine Qualität der Aufhebung des lebendigen Organismus, der Tödtung an sich, d. h. ein Vorsatz zum ersteren muß nothwendig die Absicht zu tödten in sich schließen. Hier ist denn also die Handlung nicht mehr ein willkührliches Aggregat von Umständen, sondern sie hat ein inneres Band, einen in sich nothwendigen Zusammenhang von Umständen und Folgen, die ihr eigenthümlich angehören, und die nun eben ihren Thatbestand ausmachen (wäre man genauer und begriffsschärfer in der Bestimmung des Thatbestands der einzelnen Verbrechen, so würde man dies ebenso natürlich finden, als man es findet, daß der Kauf, die Miethe solche objektive, substantielle Totalitäten sind, die ihre allgemeine Natur überall und unter allen Umständen behalten und zu ihrem Zustandekommen eben die Absicht der Kontrahenten, dieses ihr eigenthümliches Wesen hervorzubringen, voraussetzen). — Der Begriff der Absicht ist es, um den sich der Fortschritt in der Strafrechtswissenschaft drehen muß, wie er sich seiner Zeit geschichtlich darum gedreht hat. Denn man kann kurz und treffend sagen, daß die Feuerbach-Grolman'sche Schuldlehre, die, trotz aller Modificationen in einzelnen Punkten wesentlich die Grundlage der herrschenden Doktrin bildet, dem Standpunkte des römischen Rechts entspricht, während es der durch das deutsche Recht gemachte Fortschritt zum

Begriffe der Absicht ist, den die Wissenschaft nothwendig nachholen muß, wenn sie nicht hinter dem Leben zurückbleiben will. Es wird sich unten zeigen, daß die scharfsinnigen Anhänger der Reflexionsphilosophie bei ihrer Ausbildung der Schuldlehre auf ihrem, dem Reflexionsstandpunkte des römischen Rechts entsprechenden, Gedankengebiete vollkommen in ihrem Rechte waren. Wie aber die neuere Doktrin, nachdem sie die præsumtio doli, das Requisit der Kenntniß des Strafgesetzes beim dolus und andre wesentlichen Elemente jener Lehre aufgegeben hat, gleichwohl immer noch dieselbe als allgemeine Grundlage beibehalten mag, das gehört zu den Dingen, die man kaum begreifen kann. Indessen wird sich ergeben, daß die hier vorzutragende Ansicht gleichwohl auch in den gegenwärtigen Schuldlehren, namentlich auch in denselben, wie sie in die neueren Gesetzgebungen übergegangen sind, mehrfache Anknüpfungspunkte findet, die nur zerstreut umherliegen und zu einem organischen Ganzen zusammengefaßt zu werden, das Bedürfniß haben.

C. Die Absicht.

§. 104.

Der Wille als Absicht (dolus)[1]) hat zu seinem vorausgesetzten Gegenstande nicht mehr ein in sich loses Aggregat von äussern Umständen, sondern ein wesentliches Ganzes, so daß Alles, was in Folge der Absicht an dem objektiven Dasein verändert wird, als Bestandtheil oder nothwendige Folge der Handlung sich darstellt. Der Gegenstand der Handlung ist nun nicht mehr das äussere Ding oder der Inbegriff mehrerer solcher äusseren Dinge, sondern ihr eigener Begriff als ein Ganzes, das seine nothwendigen Bestandtheile und Folgen hat

1) Literatur s. bei Wächter I. §. 78. N. 51. Feuerbach §. 54. not. 6.

Digitized by Google

und in deren Existenz nur sich selbst als deren allgemeine Qualität offenbart. Eben daher erscheint nun auch das Bewußtsein nicht mehr bloß, wie beim Vorsatze, als wahrnehmende Reflexion, sondern als der Verstand, der das Wesentliche an den äußeren Gegenständen erkennt und als seine eigenen Bestimmungen daran vorfindet. Die Willensbestimmung endlich richtet sich eben auf diese allgemeine Qualität der Handlung, auf das, was ihren Begriff ausmacht.

Anm. — Die für sich seiende Allgemeinheit, welche nunmehr der objektiven Seite der Handlung zukommt, erscheint theilweise äußerlich daran, daß das Objekt ein durch Natur oder Kunst verknüpftes Ganzes ist, wie das Leben, ein Gebäude oder dgl. Dies ist aber nicht nothwendig, wie denn z. B. die Handlung des Stehlens keinen solchen äußeren Gegenstand hat, an dem sie sich in ihrer Totalität reflektirte. Jede verbrecherische Handlung aber, sie mag ein Objekt haben, welches sie will, ist eine solche substantielle Totalität, von welcher man nicht die eine Seite setzen, die andre aber nicht setzen kann. — Zu der so beschaffenen Objektivität der Handlung aber verhält sich das Wissen des Subjekts nicht mehr bloß als wahrnehmende Reflexion, die durch subjektive Willkühr bestimmt ist, sondern als die nach der Natur der Gegenstände sich richtende, ihr inneres Gesetz auffassende und in sich selbst wiederfindende Reflexion, als Verstand. Dieses Bewußtsein greift also nicht mehr die eine oder andre abgerissene Seite der Handlung, den Stich in's Herz, das Anzünden eines Sparrens, die Besitzergreifung an einer fremden Sache ꝛc. auf, sondern das Allgemeine, was darin liegt, die Tödtung, Brandstiftung, Entwendung. Der Verstand ist es, welcher nach allgemeinen Gesetzen urtheilt und diese in ihm selbst gegenwärtigen, allgemeinen Gesetze auch an den äußeren Objekten vorfindet, so daß ihm diese Objekte

Digitized by Google

nicht mehr vereinzelte Erscheinungen sind, sondern Dinge an sich, an denen sich das Wesen der Allgemeinheit, das Gesetz der Gattung bethätigt [1]). — Mit der Art des Auffassens ändert sich aber nothwendig auch die Art des Bestimmens. Mit der einzelnen Seite der Handlung setzt der Wille nothwendig auch die Totalität derselben, der Vorsatz weitet sich bei jedem Denkenden von selbst zur Absicht aus; und ebenso stellt sich nach vollbrachter That die Gesammtheit des Hervorgebrachten, soweit es als in sich nothwendiger Zusammenhang erscheint, als absichtlich dar.

§. 105.

Im Begriff der Absicht ist mithin die Einheit der subjektiven und der objektiven Seite der Handlung, jedoch auf vermittelte Weise, wiederhergestellt. Willensmoment und Thatmoment sind im Gleichgewicht, sowie dies unten im Begriff der vollendeten Handlung sich wieder darstellen wird. Der Unterschied ist nur der, daß hier der Wille, bei der Vollendung aber die That die Stelle des Prädikats einnimmt. Hier ist jene Einheit als reflektirt in die subjektive Seite, als vermittelt durch den Willen, entstanden. In der Form der Absicht geschieht es nämlich, daß sich der Wille des Thatmoments in seiner Totalität bemächtigt, und in seiner Einheit mit demselben sich selbst gleich bleibt. Diese Einheit beider Seiten, als durch den Willen bestimmte, ist nun, 1) unmittelbar auch der Form nach dargestellt in der direkten Absicht, wo sie mit dem Vorsatz identisch ist; allein 2) diese formelle Identität kann sich auch zum Unterschiede beider verkehren, während gleichwohl die Einheit des Willens mit der That als Ganzem sich in dem objektiven Dasein der letzteren als ungebrochen reflektirt, und mithin, zwar nicht als direkte, wohl aber als indirekte Absicht erscheint. Indem es aber 3) der Wille ist, welcher

1) Hegel §. 119.

in dieſer Vermittlung der ſubjektiven und der objektiven Seite der Handlung das Uebergreifende bildet, ſo nimmt er ſich aus dieſer Einheit wieder zurück und beſtimmt ſich, in ſich ſelbſt als Princip reflektirt, eben als das über die Handlung ſelbſt Uebergreifende, als materielle Abſicht oder Zweck fort.

a) Direkte Abſicht.

§. 106.

Als direkte Abſicht fällt die Abſicht mit dem Vorſatze zuſammen, was jedesmal der Fall iſt, wo der Handelnde mit Ueberlegung und Nachdenken, nicht als ſinnlich Einzelner gehandelt hat. Denn das Bewußtſein eines ſolchen kann gar nicht die verſchiedenen Seiten der Handlung als Objekte unterſchiedener Vorſätze auseinanderhalten, ſondern muß, gemäß der Natur des Ichs, alle einzelnen Vorſtellungen in den ideellen Punkt der Ichheit zuſammenzufaſſen, nothwendig auch jene einzelnen Seiten der Handlung unter die Einheit ihrer allgemeinen Qualität zuſammentreten laſſen, d. h. dem Vorſatz die konkretere Qualität der Abſicht geben.

Anm. — Treffend zeigt Michelet S. 86, daß dies gleicher Weiſe der Fall ſei, möge nun der Gegenſtand auch einen objektiven nothwendigen Zuſammenhang gehabt haben, oder dieſer nur durch den ſubjektiven Zuſammenhang aller einzelnen Umſtände im Bewußtſein erſetzt werden: „denn z. B. auch folgende vorſätzlichen Veränderungen vereinzelter Umſtände, als: fremdes Eigenthum zu ergreifen, zu verbergen, nachher zu verbrauchen u. ſ. w., enthalten, wenn alle Umſtände eben richtig aufgefaßt ſind, das allgemeine Prädikat, Diebſtahl zu ſeyn, und können nicht gedacht werden ohne die Abſicht, zu ſtehlen.“ — Wenn nun geſagt wird, daß beim Menſchen, als Denkendem, Vorſatz und Abſicht immer zuſammenfallen, ſo könnte man vielleicht den zwiſchen beiden aufgeſtellten Unterſchied für

Digitized by Google

eine philoſophiſche Spitzfindigkeit halten wollen. Allein es kann nachgewieſen werden, daß die Erkenntniß dieſes Unterſchieds nicht nur für die geſchichtliche Entwicklung des Schuldbegriffs entſcheidend, ſondern auch von bedeutender praktiſcher Wichtigkeit iſt, wie ſich dies vornämlich bei dem Begriffe der indirekten Abſicht und bei der Frage über den Beweis des dolus ergiebt. Mit der Forderung der Abſicht iſt nun Alles erſchöpft, was zur vollen Zurechnung eines beſtimmten Verbrechens gehört. Was in der Regel [1]) noch ferner von Requiſiten des dolus angegeben wird, ſind nur Nothbehelfe, welche der Mangelhaftigkeit der Definition des dolus aufhelfen ſollen. Sie führen aber zu lauter Inkonſequenzen. Uebrigens bemerkt Michelet auch dies noch treffend, daß Vorſatz und Abſicht auch empiriſch auseinanderfallen können, weil nur beim denkenden Menſchen die Veränderung einzelner Umſtände nothwendig in die gewußte und gewollte Subſtanz der Handlung übergehe, dieſe Identität daher wegfalle, ſobald der Menſch nicht als denkend betrachtet werden könne, z. B. im Zuſtande der Verrücktheit [2]).

§. 107.

Gegenüber den vorherigen Stufen der Zurechnung beſteht der Fortſchritt der Abſicht darin, daß die Momente der Willensbeſtimmung, Bewußtſein und Wille im e. S. nun zur konkreten Einheit vermittelt ſind. Auf der Stufe des Vorſatzes ſind beide unterſchieden und ihr Band iſt allein der Zufall oder die ebenſo zufällige Willkühr der ſubjektiven Reflexion. Im Zufall wird dieſe Differenz zum wirklichen Gegenſatze, der im Verſehen nur ſeine partielle und relative Aufhebung findet. Im Begriffe der Abſicht findet aber dieſe Aufhebung

1) Mittermaier N. Arch. II. S. 521 ff.

2) Vgl. Hegel §. 120.

Digitized by Google

vollkommen statt. Denn die Seite des Bewußtseins ist hier als die vom Verstande ausgehende Zusammenfassung aller Seiten und Momente der Handlung zu ihrer wesentlichen Ganzheit, und ebenso die Seite des Willens als der Entschluß gesetzt, die Handlung gerade als dieses wesentlich Ganze, Allgemeine zu verwirklichen. Die erste Seite steht daher auch relativ nicht mehr der zweiten gegenüber, sondern wird ein nothwendiges Moment derselben. Eben damit ist aber auch der Gegensatz der objektiven und der subjektiven Seite der Handlung überhaupt, wie er noch im Vorsatze liegt, aufgehoben. Die allgemeine wesentliche Natur der Handlung ist derselbe Inhalt in beiden, nur mehr der Form nach unterschiedenen Seiten. Mit andern Worten: dem Rechte des Subjekts, sich nur das zurechnen zu lassen, was es als das Seinige gesetzt hat, ist nun mit ebenso begründetem Anspruche das Recht der Objektivität entgegengesetzt, von dem handelnden Subjekte, sofern es ein denkendes war, als gewußt und gewollt anerkannt zu werden. Daraus folgt, daß bei vorliegender Totalität einer in sich wesentlich einigen Handlung der Handelnde sich nie mit der Behauptung hinaushelfen kann, daß sein Vorsatz nur auf die Veränderung einiger Seiten der Sache gegangen sei. Der wesentliche Zusammenhang der Handlung selbst, der, wenn nur einige Seiten desselben im Bewußtsein lagen, nothwendig mit darin liegen mußte, widerlegt eine solche Behauptung und berechtigt dazu, dem Subjekte die Absicht in Beziehung auf die wesentliche Allgemeinheit der Handlung zuzurechnen.

Anm. — Hierin liegt, wie Michelet S. 88. richtig bemerkt, keine Gefährdung des Rechts der subjektiven Freiheit. „Denn, weil die allgemeine Qualität der Handlung nichts Sinnliches ist, was dem Menschen, wie die einzelnen Umstände, von aussen gegeben würde, sondern sein eigenes Innere, als eines Denkenden, so

Digitized by Google

liegt sie immer in ihm; es kommt nur darauf an, sie durch Ueberlegung und Nachdenken sich zum Bewußtsein gebracht zu haben; dies ist aber die höchste Pflicht des Menschen, da er nicht als sinnlich Einzelner, sondern als Denkender, Allgemeiner handeln muß." — Ebensowenig liegt aber etwa in dem Angegebenen die Aufstellung einer präsumtio doli, was hier umsomehr bemerkt werden muß, da Michelet sich von diesem Mißgriffe nicht ganz frei zu erhalten scheint. Vielmehr wird mit dem Gesagten nichts Anderes ausgedrückt, als die deutsche Ansicht vom Wesen des dolus, die auch bei den neueren Kriminalisten sich geltend macht, wenn sie den Beweis des dolus aus Indicien zulassen und von einem dolus ex re [1]) sprechen. Gleichwohl muß bedauert werden, daß die neuere Doktrin, welche auch den Satz, daß das deutsche Recht dem subjektiven Standpunkte des römischen gegenüber den objektiven hervorhebe, stets im Munde führt, sich den Zusammenhang der Begriffe keineswegs gehörig deutlich zu machen pflegt. Denn es ist leicht zu zeigen, daß die neueren Kriminalisten, so lang sie mit dem einen Fuße noch in der Feuerbachischen Schuldlehre stehen, insbesondere den dolus als Vorsatz definiren und mit dem Begriffe der culpa dolo determinata den Begriff der indirekten Absicht beseitigt zu haben glauben, ganz und gar kein Recht zu solchen Berufungen auf deutsche Rechtsansichten und halben Anerkenntnissen derselben haben, da vielmehr der Feuerbachische Standpunkt, wenn er irgend folgerichtig festgehalten werden will, von der verrufenen Zugabe der präsumtio doli abzugehen nicht erlaubt. Die Reflexionsphilosophie hatte an der her-

1) Bauer, Abh. I. S. 276. ob. 277—283. Vergl. Mittermaier not. 1. zu Feuerbach. §. 60.

Digitized by Google

kömmlichen einfachen Definition des dolus als des bösen Vorsatzes nicht genug. Sie verlangte dazu das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit der Handlung. Und eben diese Bestimmung ist es, welche auch bei Neueren, die dem Feuerbachischen Standpunkte im Ganzen abgesagt haben, sich erhalten hat, z. B. bei Wächter, Hefftter, Abegg, Mittermaier, Marezoll, wie denn auch die neuen Strafgesetzbücher noch nicht über dieselbe hinausgekommen sind [1]). Gleichwohl ist die Inkonsequenz dieses Eklekticismus ganz offenbar. Denn einerseits ist es geradezu widersinnig, Bewußtsein der Strafbarkeit überhaupt als positives Requisit des dolus zu verlangen, dagegen das Bewußtsein über Art und Größe der Strafe nicht für nöthig zu erklären; andrerseits erkennen die Doktrinäre, wie die Gesetzbücher, ihre Inkonsequenz sogar selbst ganz offenkundig ein, indem sie hinterher mit dem Satze kommen, daß der Rechtsirrthum den dolus nicht ausschließe [2]). Dies ist auch neuerdings von Luden sehr richtig eingesehen und weiter ausgeführt worden. Hdbuch. §. 35. not. 5. Man kann hier an einem sehr einleuchtenden Beispiele erkennen, wie wenig gerade in den Kardinalfragen die Wissenschaft, trotz aller schönen Reden über das vage Princip der Gerechtigkeit, über den Standpunkt der relativen Theorieen hinausgekommen ist.

---

1) Eine gute Kritik derselben s. bei Kitka im N. Arch. 1835. S. 219 ff. Vergl. Bauer Abh. I. S. 266.

2) Vergl. Gönner Revision des Begriffs des Dolus. S. 39. Kitka a. a. O. S. 231. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 476. 483—485, der freilich selbst wieder eigenthumliche Unterschiede macht. AM. ist wieder Bauer Abh. I. S. 251 ff. Vergl. Feuerbach Revis. II. S. 42—44. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 15. 135 ff. Aeltere, wie Böhmer, Koch u. A. und unter den Neueren Unterholzner sind hier in der That konsequenter. s. Wächter I. S. 119, 120

So viel sie für die Kenntniß des positiven Rechts und seiner Quellen geleistet hat, so wenig ist philosophischer Fortschritt in ihr zu spüren. Was nun den vorliegenden Punkt betrifft, so muß man für die Strafgesetzbücher eine Entschuldigung anführen, die freilich selbst wieder auf einem andern Mißstande beruht. Die große Begriffsverwirrung über den Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeiübertretung, wozu noch theils das löbliche Bestreben, den Bürger möglichst unter die Garantieen der Rechtspflege zu stellen, theils andre kriminalpolitischen Gründe kommen, haben bewirkt, daß die neuen Strafgesetzbücher in der Regel jenen Unterschied auf eine ganz formelle und willkührliche, der Wirklichkeit geradezu widersprechende Weise machen [1]). Da nun der Begriff des dolus in Beziehung auf Polizeivergehen ein wesentlich andrer ist, als in Beziehung auf wirkliche Verbrechen, unsre Gesetzbücher aber beiderlei Arten von Delikten durcheinanderwerfen, so kann es freilich nicht anders seyn, als daß sie Begriffe von dolus und Bestimmungen über Rechtsirrthum geben, resp. voraussetzen, die für beide Arten passen sollen und eben deshalb für jede von beiden unwahr sind [2]). Eben deshalb ist es aber nur um so mehr Aufgabe der Wissenschaft, diesen Uebelstand in dem Fundamentalgebiete des Strafrechts aufzudecken und zu zeigen, worin sein Grund liege. Eben dies ist aber an der herrschenden Doktrin zu vermissen, da sie sonst die Einsicht haben müßte, daß ihre Definition des dolus auf den Principien der Präventionstheorie beruht und mit diesen verworfen werden muß. Bei Feuerbach und

1) Vergl. Mohl im N. Arch. 1840. Beil. Heft. S. 12.

2) Dies deutet auch Birnbaum im N. Arch. 1837. S. 489 ff. richtig an.

Digitized by

Grolman ist jene Definition eine Nothwendigkeit. Denn, wem das Unrecht nicht das um seiner selbst willen Richtige, vielmehr nur ein als solches durch den Staat gesetztes und um des Einzel- oder Gemeinwohls willen mit Strafe bedrohtes ist, wem die Strafe den Zweck der Abschreckung als charakteristischen, hiemit das Strafgesetz die Qualität eines psychologischen Zwangsmittels hat, dessen Unwirksamkeit allein den Begriff des Verbrechens zur Entstehung bringt, von dem versteht sich von selbst, daß er den dolus folgerichtig nur als Vorsatz der Gesetzesübertretung definiren kann, welcher sich ohne Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit nicht denken läßt. Dabei ist dann aber nicht zu vergessen, daß die genannten scharfsinnigen Denker auch vor den Konsequenzen ihres Princips nicht erschraken, als deren wesentlichste die praesumtio doli erscheint. Wie man nun den Grundsatz der Verhütungstheorie, ja selbst diese praesumtio verwerfen, gleichwohl aber bei der gedachten falschen Definition des dolus stehen bleiben kann, das ist das Unbegreifliche. Freilich sprechen auch alle neueren Kriminalisten das Feuerbachische Anathema gegen den dolus indirectus nach und behaupten, daß es nur ein ex re, ex indiciis bewiesener dolus sei, ohne zu bemerken, daß sie eben damit die Definition des dolus als Vorsatz umstoßen (Kleinschrod [1]) hat es richtig gefühlt, daß der Vorsatz als solcher nur durch Geständniß bewiesen werden kann) und den Begriff der Absicht unterschieben. — Allerdings kommt indessen auch der Feuerbachischen Definition ihre relative Wahrheit zu, nur nicht in Beziehung auf das kriminelle, sondern auf das polizeiliche Unrecht, da dieses seine Eigenschaft als Unrecht wirklich nur durch die positive Fest-

1) System. Entwicklung I. S. 60—63.

Digitized by Google

setzung und eben um des Zwecks der allgemeinen Sicherheit, des Wohls willen erhält. Bei diesem wird daher allerdings das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, welches in Beziehung auf das kriminelle Unrecht bei jedem Zurechnungsfähigen als vorhanden vorauszusetzen ist, durch die Kenntniß des positiven Strafverbots ersetzt, und hier setzt daher allerdings der Begriff des dolus das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als nothwendiges Requisit voraus. Eben dies aber, was nur für das polizeiliche Unrecht Wahrheit hat, dehnt mit Feuerbach die herrschende Doktrin auch auf das kriminelle Unrecht aus und verkehrt dadurch von vorn herein das Gebiet des Rechts in das der Polizei. Man sieht daraus, wie tief im Fleische der Zeit noch der Pfahl der Abschreckungstheorie steckt. Im vorliegenden Falle helfen sich nun freilich Doktrin und Gesetze durch eine Inkonsequenz, d. h. durch die Grundsätze, welche sie über den Rechtsirrthum aufstellen [1]). Aber warum verbannen sie nicht endlich ein Requisit auch formell, das sie materiell längst verwerfen, und über das ein Praktiker nur lächeln kann? Warum finden wir gleichwohl in den Thatbeständen des besondern Theiles jenes Gespenst des Bewußtseins der Gesetzwidrigkeit immer wieder? In legislativer Beziehung würde aber freilich die Verbesserung des herkömmlichen Fehlers zugleich eine völlige Reform hinsichtlich des Gebiets der Rechtspflege und der Rechtspolizei voraussetzen. Sie würde aber zugleich die heilsamste Verbesserung in Beziehung auf den Thatbestand einer Reihe von besondern Verbrechen herbeiführen, dessen Bestimmung jetzt seine Mangelhaftigkeit gerade nur in der vorausgesetzten Vorstellung des dolus als Vorsatz hat.

1) Feuerbach §. 86. Wächter I. §. 73. not. 43. Preuß. L.R. §. 10. Bair. G.B. Art. 71. Württ. G.B. Art. 99.

Digitized by Google

§. 108.

In seiner Richtung auf die Aussenwelt ist der dolus das Bestreben, irgend eine Wirklichkeit hervorzubringen, in welcher sich eben die allgemeine Qualität der beabsichtigten Handlung ausdrücken soll [1]). Seine Arten müssen sich daher nach den verschiedenen Faktoren der Wirklichkeit bestimmen, als welche sich die Zufälligkeit und die Nothwendigkeit ergeben. Was nämlich wirklich werden soll, das muß zuvörderst möglich seyn. Das Mögliche aber ist entweder bloß möglich, d. h. zufällig, oder es ist real möglich, d. h. nothwendig. Im ersten Falle hängt der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen anderweitigen Bedingungen ab; im zweiten dagegen sind sämmtliche Bedingungen als vorhanden gesetzt, aus welchen nach dem naturgesetzlichen Verlaufe die bestimmte Wirklichkeit eintreten muß. Es kann nun der dolus entweder a) auf die reale Möglichkeit des Erfolgs gerichtet seyn; d. h. der Handelnde sieht die Nothwendigkeit des rechtsverletzenden Erfolgs als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein (mag ihm nun an dem Erfolge specifisch gelegen seyn oder nicht) — bestimmter dolus (d. determinatus). oder b) auf die bloße, abstrakte Möglichkeit des Erfolgs, d. h. der Handelnde sieht die Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolgs ein und giebt zu ihrem wirklichen Eintritte eventuell seine Zustimmung, — unbestimmter dolus (dolus eventualis), oder c) trifft beides zusammen, d. h. der Handelnde beabsichtigt einen bestimmten rechtsverletzenden Erfolg, sieht aber zugleich auch die Möglichkeit noch eines andern rechtsverletzenden Erfolgs ein und willigt in denselben für den Fall seines Eintritts eventuell ein [2]) (der gewöhnlich sogenannte dolus eventualis). — Keine besonderen Arten

1) Letztere Bestimmung, die gerade die Hauptsache ausmacht, läßt Luden in seiner übrigens guten Schilderung des dolus weg.

2) Berner a. a. O. S. 184—188.

Digitized by Google

bilden dagegen der sogen. dolus alternativus, die Konkurrenz mehrerer bestimmten Absichten, und der sogen. dolus generalis. Doch ist in Beziehung auf den letzteren Folgendes zu bemerken: Es ist der Fall möglich, daß der Handelnde in Beziehung auf dasselbe Verbrechen mehrere aufeinander folgende Handlungen vorgenommen hat und durch eine derselben der beabsichtigte Erfolg auch wirklich eingetreten ist, jedoch nicht durch denjenigen Akt, durch welchen der Handelnde diesen Erfolg herbeigeführt zu haben glaubte, sondern durch einen andern Abschnitt der Handlung. Hier muß man nun wohl unterscheiden, 1) es ist kein dolus generalis anzunehmen, wenn der Abschnitt der Handlung, welcher den Erfolg unmittelbar herbeiführte, nicht mehr durch die allgemeine Absicht, das Verbrechen auszuführen, determinirt war, wenn der Handelnde inzwischen das Verbrechen mißbilligt hatte. Ganz anders ist aber 2) die Sache anzusehen, wenn eine solche Mißbilligung nicht eingetreten war, wenn vielmehr die Absicht, das Verbrechen seiner allgemeinen Natur nach zu verwirklichen, sich durch alle Abschnitte der Handlung fort kontinuirte. Hier kann der Irrthum des Thäters, vermöge dessen er den eingetretenen Erfolg einem früheren Abschnitte seiner Handlung zuschreibt, demselben so wenig zu Statten kommen, als es dem Tödtenwollenden zu Statten kommt, wenn er statt des A aus Irrthum den B umbringt. Hier ist daher dolus in Beziehung auf den eingetretenen Erfolg allerdings anzunehmen, aber dieser fällt ganz unter den Begriff des bestimmten dolus.

Anm. — Die Unterscheidung des dolus in seine Arten [1]) ist in der Doktrin eine der verworrensten Materien s. Wächter §. 78. Luden §. 36. n. 2. Die

1) Vergl. Bauer Abh. I. S. 272—277. Mittermaier Note zu Feuerbach §. 59.

Digitized by Google

oben, nach Berner gegebene, Darstellung stützt ihr Recht auf die Natur der Wirklichkeit, welche zu setzen das Bestreben des absichtlich Handelnden ist. Hiernach ist denn der gewöhnlich sogen. dolus indeterminatus, der bald als eine selbständige Art, bald als Gattungsbegriff für den dolus alternativus und eventualis, bald gleich einem der letzteren genommen wird, als eigene Species aufzugeben. Ferner ist das, was gewöhnlich dolus eventualis genannt wird (auch in neueren Gesetzbüchern, z. B. dem Wirtembergischen), vielmehr als Konkurrenzfall von bestimmter und eventueller Absicht anzuerkennen und als dolus eventualis das oben unter b) Angegebene zu bezeichnen, womit auch Heffter §. 65. im Wesentlichen übereinstimmt [1]). — Daß der gewöhnlich sogen. dolus indeterminatus (auch wohl generalis) als besondere Species aufzugeben sei, ist auch von Luden Handb. §. 36. neuerdings anerkannt worden, nur daß er mit Unrecht auch den dolus eventualis als selbständige Art verwirft. Wenn er dies deshalb thut, weil es das Wesen des dolus überhaupt sei, in der Entschließung zu einer Handlung zu bestehen, von welcher man sich vorstelle, daß sie mit Bestimmtheit eine gewisse Einwirkung zur Folge haben werde, so ist dies eine offenbare petitio principii. Von dem dolus alternativus dagegen ist klar, daß er ganz mit dem dolus determinatus zusammenfällt; denn der Handelnde wollte ja hier nicht die mehreren Erfolge neben einander, sondern nur je Einen, mit Ausschluß der andern; er will also in abstracto einen bestimmten

1) Vergl. auch Mittermaier a. a. O., der den dolus indeterm. auf dieselbe Weise schildert, wie es hier mit dem unbestimmten dolus geschieht, freilich aber wieder den d. event. (in der gewöhnlichen Weise) und den d. altern. als Unterarten aufführt.

Digitized by Google

Erfolg, deſſen nähere Bezeichnung er allerdings dem Zufall überläßt. Sobald hier einer der Erfolge eintrat, ſo ſind die übrigen vom Handelnden ſelbſt als aufgegeben zu betrachten. Daher iſt es unrichtig, wenn v. Hufnagel Kommentar zum Wirt. Strafgb. I. S. 118, vergl. Anhang V. S. 58. 59. hier auch jene übrigen Erfolge in die Zurechnung mit aufgenommen wiſſen will; denn dies würde mehrere kumulirte doli vorausſetzen, was dem Begriffe des Alternativen widerſpricht [1]). Was dagegen den gewöhnlich ſogen. eventuellen dolus betrifft, ſo muß hier allerdings Konkurrenz angenommen werden, d. h. wenn der beſtimmt beabſichtigte Erfolg eintrat, der eventuell beabſichtigte aber nicht, oder umgekehrt, ſo liegt Konkurrenz eines vollendeten Verbrechens aus dol. determ. mit Verſuch eines Verbrechens aus dolus eventualis vor [2]); traten beide Erfolge ein, ſo konkurriren zwei vollendete Verbrechen, das eine mit dol. determ., das andere mit dolus eventualis. Dabei verſteht ſich, daß der letztere in der Strafbarkeit niedriger gehalten werden müßte, als der erſtere: eben dann würde ſich aber als praktiſches Reſultat ergeben, was v. Hufnagel a. a. O. in Beziehung auf die Strafbarkeit des dolus eventualis ganz richtig andeutet [3]). Gegen die gewöhnliche Behandlung des eventuellen dolus bringt Luden noch eine Bemerkung vor, die zwar hierher nicht paßt, aber doch ſehr viel Richtiges enthält, ja ganz nahe daran iſt, mitten in den wahren Begriff der Abſicht zu treffen [4]). Er ſagt

1) Vergl. Luden a. a. O. S. 252. Weber N. Arch. S. 569. 570. Berner S. 186. Bad. Entw. §. 88. Mittermaier a. a. O.

2) AM. Mittermaier a. a. O.

3) Vergl. Weber a. a. O. S. 571. Henke I. S. 348. 363.

4) Vergl. Sächſ. Strafgb. Art. 31. a. E. und über den zweideutigen Ausdruck des Art. Krug Studien. I. S. 55. 56. Schüler Beiträge S. 33.

Digitized by Google

nämlich: für das Daſein des eventuellen dolus gebe es keine andre Erkenntnißquelle, als die eigene Ausſage des Angeſchuldigten; dieſe ſei jedoch für den Beweis des dolus ohne Bedeutung, welcher vielmehr aus der Objektivität der Handlung geführt werden müſſe. Offenbar ſchwebt ihm hier der Begriff der Abſicht vor, und es iſt dies als ein Fortſchritt zu betrachten, da Luden früherhin das Recht der Objektivität der Handlung nicht anerkennen wollte. Wie aber aus dem Angeführten folgen ſoll, daß ſich überall nur eine beſtimmte, nicht auch eine bloß eventuelle Abſicht, allein oder neben einer beſtimmten Abſicht, denken laſſe, das iſt nicht wohl einzuſehen, um ſo weniger, da das Leben täglich Beweiſe des Gegentheils liefert.

Iſt nun im Bisherigen mit Berner übereinzuſtimmen geweſen, ſo kann dies um ſo weniger in Beziehung auf ſeine Polemik gegen den dolus generalis geſchehen. Zwar verwerfen wir mit ihm alle diejenigen Bezeichnungen des dolus generalis, welche ihn, unter verſchiedenen Modifikationen im Einzelnen, mit dem dol. indeterminatus oder alternativus identificiren. Allein ganz anders verhält es ſich mit der oben gegebenen Bezeichnung, welche, wie Berner ſelbſt geſteht, bei den neueren Praktikern gewöhnlich iſt. Hiegegen zieht B. S. 193—223 mit großem Pathos zu Felde und ſchreibt endlich Mittermaier das Verdienſt zu, im N. Archiv 1841. S. 24 ff., auf das Widerſinnige dieſes dolus generalis aufmerkſam gemacht zu haben. Wir möchten umgekehrt das Verdienſt Webers (N. Archiv VII. S. 562 ff. [1]) aner-

1) Vergl. auch Grolman Bibl. I. 3. S. 233 ff. Wächter II, S. 127, 128. Heffter §. 233. n. 2. Oerſted Grundregeln S. 242, welchem Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 168. 169 in der

kennen, auf jene Form der Abſicht zuerſt aufmerkſam gemacht zu haben. Berner hat Recht, wenn er den Fall des dolus generalis, wie er gewöhnlich aufgeſtellt wird, angreift und behauptet, daß in den darunter rubricirten Beiſpielen häufig nur eine Konkurrenz von Verſuch und vollendetem kulpoſen Verbrechen vorliege. Aber er unterſcheidet ungeſchickt, wenn er die Differenz darein ſetzt, ob der Handelnde durch den erfolgreichen Akt den vorhergehenden habe verbergen oder beſtätigen wollen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die ganze Handlung als Eine, durch Eine kontinuirliche Abſicht beſtimmte, aufzufaſſen iſt, oder ob man ihre verſchiedenen Momente als ſelbſtändige Akte auseinanderzuhalten hat. Erſteres iſt nun allerdings immer der Fall, wo der Thäter durch einen zweiten Akt einen erſteren bloß beſtätigen wollte; aber das bloße Verbergenwollen kann ebenſogut unter das erſte, als unter das zweite Glied des richtig aufgefaßten Gegenſatzes fallen; und, dies nicht eingeſehen zu haben, iſt ein Verſtoß von Berner. Wenn er allerdings vorausſetzt, daß auch im Falle des bloßen Verbergenwollens jedesmal dol. gen. angenommen werde, ſo hat er hiegegen freilich mit dem Einwurf Recht, daß darin eine unſtatthafte praesumtio doli liege. Allein es iſt nur ſein Fehler, daß er den Gegenſatz nicht richtig aufgeſtellt hat. Was die vielbeſprochenen Fälle des Wirthſchaftsſchreibers Tarnow (Klein Annalen XVI. S. 1 ff.) und des Zimmergeſellen Kleina (Mannkopf Jahrb. I. S. 243 ff. [1]) betrifft, ſo deutet B. bei dem erſteren ſelbſt an, daß nur die Ungeſchicklichkeit des Inquirenten den

Note ſonderbarer Weiſe die entgegengeſetzte Anſicht zuſchreibt. K. ſelbſt macht einen Transaktionsverſuch mittelſt einer praesumtio doli.

1) ſ. auch N. Arch. V. S. 375—422.

Angeschuldigten von der Strafe des Rads wegen Tödtung aus dolus generalis gerettet haben möge. Er citirt dabei die Bemerkung Kleins: „der Rechtsgelehrte befindet sich oft in dem Falle, daß er bei dem, welcher allein den gesunden Menschenverstand zu Rathe zieht, für einen Grillenfänger gilt. Allein ich frage dagegen: Soll der Richter sich nur mit der Ansicht der Aussenseite der Handlung begnügen? Soll er nicht tiefer eindringen? Soll er die zusammengesetzte Handlung nicht in ihre Bestandtheile auflösen?" Eben die letzten Worte, welche Berner gesperrt hat drucken lassen, hätten ihn auf die richtige Einsicht führen können, daß der Jurist die Handlung allerdings in ihre Bestandtheile aufzulösen hat, sobald ihre Einheit nur eine scheinbare ist, daß er sie aber um so gewisser als einen bloßen einheitlichen Zusammenhang verschiedener, Einer Absicht untergeordneten, Momente zu behandeln hat, wo sich eben zeigt, daß die Absicht sich durch alle Abschnitte fort kontinuirt hat, mag auch der Erfolg zunächst einem andern zuzuschreiben seyn, als durch welchen der Handelnde den Erfolg hervorzubringen sich vorgesetzt hatte. Auch wäre wohl zu beherzigen gewesen, was Klein sogleich noch beifügt, daß er nämlich stets mißtrauisch werde, sobald das Resultat der feineren Beobachtungen von dem Totaleindrucke, welchen die Handlung im Ganzen auf den Gemeinsinn mache, wirklich abweiche, daß aber ein wahrhaft philosophischer Rechtsgelehrter sich auch über Modetheorieen (Klein meint eben die „feinen Analysen") erheben müsse und dies gewiß um so eher thun werde, jemehr er den Gemeinsinn zu Rathe ziehe und die dabei zu Grunde liegenden Vorstellungen entwickle[1]). Freilich findet nun aber Berner

1) Vgl. Jenull in Wagners Zeitschrift 1826. I. S. 311, 312.

Digitized by Google

gerade die Berufung auf das natürliche Gefühl und den gesunden Menschenverstand anstößig und greift deshalb namentlich das Urtheil des preußischen Kammergerichts, welches in dem Falle des Kleina, übereinstimmend mit dem Oberlandesgerichte zu Marienwerder und dem Tribunal des Königreichs Preußen zu Königsberg, vollendete Tödtung aus dolus generalis angenommen hat, sehr stark an. Er wirft ihm vor, daß moralische Anschauungen und natürliche Gefühle sein Raisonnement bestochen haben, daß es sich deßhalb auch, statt die vorliegende Geschichtserzählung zu zergliedern, hinter unbestimmte Worte, wie: allgemeine Absicht, allgemeine Handlungsweise u. dgl. zurückziehe. Seine bestimmteren Einwürfe aber sind folgende: a) jede Handlung bestehe in der Vermittlung von Willen und That; es komme daher ganz darauf an, ob zwischen dem erfolgten Tode und der Absicht zu tödten die Vermittlung vorhanden sei, oder nicht. Dies sei aber nicht darnach zu beurtheilen, ob dem Angeschuldigten seine Handlung zur Erreichung seiner Absichten geeignet geschienen habe, sondern ob der Wille das reale, in der Objektivität wirksame, Princip des Erfolgs gewesen sei. — Das Alles ist unzweifelhaft richtig, wird aber auch weder von uns, noch von dem Kammergerichte bestritten. Allein Berner selbst führt die treffende Einwendung an, daß „allerdings oft mehrere Handlungen als Ein Ganzes betrachtet werden müssen." Ist dem so, dann ist auch in einem solchen Falle die Vermittlung zwischen Absicht und Erfolg vollkommen vorhanden. Freilich sagt nun aber unser Gegner b) Ein Ganzes werden solche mehreren Handlungen nur dadurch, daß sich durch sie die verbrecherische Absicht hindurchziehe, und zwar nicht etwa bloß im Allgemeinen verbrecherische Absicht, sondern die Absicht auf Hervorbringung dieses bestimmten Verbrechens. Gerade

Digitized by Google

das aber sei bei Kleina nicht der Fall gewesen. Das Werfen in's Wasser werde eben durch die ganz verschiedene Absicht von der früheren Handlung des Erdrosselns abgelöst. Auch hier ist wieder der allgemeine Satz vollkommen richtig; ja selbst der Tadel gegen das Kammergericht, sofern dies nur von einer im Allgemeinen schädlichen Absicht spricht, nicht ungerecht. Allein die Anwendung des richtigen Grundsatzes auf den vorliegenden Fall ist verkehrt. Bei Kleina hat eben — nicht bloß eine im Allgemeinen schädliche Absicht, sondern — die bestimmte Absicht, das bestimmte Verbrechen des Mords zu begehen, durch alle Abschnitte der Handlung sich hindurchgezogen. Es liegt dies schon in einem bemerkenswerthen Umstande, den er selbst angiebt, daß nämlich der Erdrosselte eben bei Abnahme des Stricks, unmittelbar vor dem in's Wasser Werfen, noch ein Lebenszeichen von sich gegeben habe. Zwar will nun der Thäter die Ueberzeugung gehabt haben, daß dies das letzte gewesen sei, und bei dem Werfen in's Wasser nicht den Vorsatz zu tödten gehabt haben. Allein die Unwahrscheinlichkeit dieser letzteren Behauptung liegt auf der Hand, und es dürfte sehr nahe gelegen haben, den Thäter sogar des Vorsatzes zu tödten auch bei dem letzteren Akte aus den Umständen zu überführen, welcher Beweis dann keineswegs mit einer præsumtio doli abzufertigen gewesen wäre. Man kann jedoch hievon absehen und die Ansicht Berners ganz aus sich selbst widerlegen. Zugegeben, daß Kleina den Erdrosselten in's Wasser geworfen habe zunächst nur in dem Vorsatze, den Verdacht des Mords von sich abzuwälzen, — so fragen wir: schließt denn dieser Vorsatz die Absicht zu morden aus? Ist nicht dieses propositum gerade nur ein Moment des durch die ganze Handlung ergossenen animus occidendi? Oder — um mit Berner

zu reden — lag nicht in der zweiten Handlung ganz offenbar eine Bestätigung der ersten, gerade wie dies auch bei dem Schreiber Tarnow behauptet werden muß? Wenn dies nicht angenommen werden sollte, so müßte in dem Verlaufe der ganzen Handlung ein Moment nachgewiesen seyn, wo der animus occidendi abgebrochen, eine Mißbilligung dieser Willensrichtung eingetreten wäre. Sobald dies aber nicht der Fall ist, so kann den Behauptungen des Handelnden über seine beschränkteren Vorsätze kein Glauben geschenkt, seinen Irrthümern kein Einfluß auf die Beurtheilung seiner Handlung verstattet, es muß diese als ein fortlaufendes, durch Eine determinirte Absicht bestimmtes, Ganzes betrachtet werden. In einem solchen Falle die einzelnen Abschnitte zu sondern, ist bloß Spitzfindigkeit der Reflexion, welche die wahre Natur des dolus nicht aufzufassen vermag und ihn mit dem durch die Willkühr der Subjektivität bestimmten Vorsatze verwechselt. Die verständige Analyse ist allerdings überall am Platze, wo sie hingehört. Aber Berner hat sehr Unrecht, wenn er meint, der dolus generalis könne nur dadurch gerettet werden, daß man die Sache in den Nebel der Unbestimmtheit und Allgemeinheit hülle. Wir mißbilligen allerdings solche abstrakten Bezeichnungen desselben, wie sie sich z. B. auch im Wirtemb. Strafgesetzbuche finden (Art. 56), da man keine bloße „Stimmung," und keinen bloßen „Hinblick" strafen kann, sondern nur wirkliche Absichten. Allein solche Bezeichnungen enthalten doch wenigstens implicite den Kern der Sache, der nur daraus hervorgehoben werden darf, um ihn sogleich gegen den Vorwurf bloß unbestimmter Vorstellungen zu sichern. Man hat dabei in der That nichts Andres im Sinn, als den Begriff der Absicht im Unterschiede von dem des Vorsatzes, und bahnt dadurch einem wissenschaftlichen Fortschritte den Weg, wie

Digitized by

denn auch bei Gelegenheit des dolus generalis in der Wirtemb. Abgeordnetenkammer vom Ministertisch aus mit Recht gesagt wurde, es liege in dem Beschlusse der Versammlung ein Triumph des gesunden Menschenverstandes über die grüblerischen Spitzfindigkeiten der Juristen. Der dolus generalis ist freilich keineswegs eine besondere Species des dolus, wie dies allerdings auch das Wirt. Strafgb. noch annehmem muß, weil es im Ganzen noch die Feuerbachische Schuldlehre zu seiner theoretischen Basis hat, sondern er fällt lediglich unter den Begriff des dolus determinatus, aber freilich setzt diese Einsicht die richtige Einsicht in die Natur des dol. determ. selbst voraus. In beiden angef. Fällen war nun eine bestimmte Absicht, der animus occidendi vorhanden, und der entsprechende Erfolg wurde durch die Handlungen der Thäter herbeigeführt. Zwar waren nun diese der irrigen Meinung, daß ein früherer Abschnitt ihrer Thätigkeit den Erfolg herbeigeführt habe, und die zunächst den Erfolg entscheidende Thätigkeit stand deshalb nicht mehr unter dem propositum occidendi. Allein das erste proposilum war dabei keineswegs zurückgenommen, sondern wurde durch das zweite gerade noch bestätigt. Sie handelten jetzt in dem Willen, das Verbrechen vollbracht zu haben, und wollten nur die Schuld von sich wegschieben. Dieser weitere Abschnitt ihrer Handlung steht daher noch ganz unter dem dolus occidendi, und darf nicht für sich abgelöst werden. Ganz verkehrt ist es aber, denselben unter den Begriff der culpa zu subsumiren, was ja gerade das Aufgehörthaben des animus necandi voraussetzen würde. Nur dann, wenn sich ein entscheidendes Abbrechen der Absicht nachweisen läßt, kann die Handlung zertheilt und als bloßer Versuch, mit dem ein Versehen sich verband, angesehen werden. Aber der Beweis eines solchen Abbrechens kann nicht durch die bloße Behauptung

Digitized by Google

des Angeſchuldigten geführt werden, die von der Objektivität ſeiner Handlung Lügen geſtraft wird. Er ſetzt vielmehr die Nachweiſung voraus, daß die Mißbilligung der verbrecheriſchen Abſicht auch wirklich an den Tag gelegt worden ſei. Wer uns aber ſagt, er habe ſeine Abſicht erreicht geglaubt und nun nur noch den Leichnam verbergen wollen, der macht uns wahrlich jenes Abbrechen der böſen Abſicht nicht wahrſcheinlich. Das altdeutſche Recht ſah gerade in dieſem Verbergen des Leichnams mit das Kriterium der niederträchtigſten Form des Verbrechens, — und unſere Doktrin läßt es dem Verbrecher zu Gut kommen, um die Diſtinktionen ihrer ſuperklugen Reflexion anzubringen. Man darf nicht erſt fragen, auf welcher Seite das lebendigere, ſittlichere Rechtsbewußtſein liege. — c) Aus einem anderen Grunde hält nun allerdings auch Berner in den gewöhnlich unter den Begriff des dolus generalis geſtellten Fällen, und zwar ohne Unterſchied, ob durch die zweite Handlung eine Beſtätigung der erſten beabſichtigt war, oder nicht, die ordentliche Strafe des vollendeten Verbrechens für gerechtfertigt. Er findet nämlich das delictum perfectum (d. i. den geendigten, aber erfolgloſen Verſuch) ebenſo ſtrafbar, als das wirklich vollendete Verbrechen [1]). Der Anſicht der Praktiker über den generellen dolus wirft er aber vor, daß ſie materiell und roh ſei, ſofern ſie auf das ganz Aeuſſerliche Gewicht lege, ſich ganz nur von dem ſinnlichen Eindruck des wirklich eingetretenen Erfolgs beſtimmen laſſe, ebenwie ſich dies auch in der Anſicht von der geringeren Strafbarkeit des delictum perfectum an den Tag lege [2]). Dieſer Vorwurf kann, ſoweit er das delic-

1) Vergl. auch Oerſted Grundregeln S. 163. 164.

2) ſ. auch Zachariä Lehre vom Verſuch I. § 146 — 149.

Digitized by Google

tum perfectum betrifft, erst unten bei der Lehre vom Versuch näher gewürdigt werden. Hier mag nur über zweierlei Verwunderung ausgesprochen werden, nämlich theils darüber, daß der Verf. so unbedenklich nicht etwa nur eine theoretische, sondern eine dem deutschen Rechte selbst in Fleisch und Blut gewachsene Ansicht verdammen mag, theils darüber, wie er als Vertheidiger der Grundsätze der neueren Philosophie den Widerspruch nicht eingesehen hat, worin er sich mit sich selbst setzt, wenn er das Recht der Objektivität so geradezu für nichts achtet. Was aber den dolus generalis angeht, so fällt der Vorwurf der äusserlichen und durch den sinnlichen Eindruck bestimmten Betrachtungsweise ganz nur auf die von Berner vertheidigte Ansicht zurück. Denn sie ist es, welche das innerlich und geistig Verbundene auseinanderzerrt und mechanisch zerlegt. Es ist dies dieselbe Ansicht, welche auch dann keine vollendete Tödtung annimmt, wenn einer, der den A tödten will, aus Verwechslung den B umbringt, gleich als ob das Wesen der Tödtung nicht wäre, überhaupt einen Menschen des Lebens zu berauben, sondern den Hans oder den Kunz. — Am wenigsten gerechtfertigt erscheint die — übrigens ganz ohne Beweis hingestellte — Behauptung, daß die Annahme des dolus generalis gegen das gemeine deutsche Recht verstoße. Denn, sehen wir auf das römische Recht; so verlangt dies für solche Fälle die ordentliche Strafe schon deshalb, weil es überhaupt den irgendwie manifestirten verbrecherischen Willen damit bedroht. Das deutsche Recht aber ist es gerade, welches den Begriff des dolus in der tieferen Bedeutung der Absicht zum Bewußtsein gebracht hat, woraus dann ganz von selbst hervorgeht, daß in den fraglichen Fällen die Handlung mit ihren mehreren Abschnitten als Ein Ganzes angesehen und eben nur in diesem objektiven (durch die

Digitized by Google

die Einheit der Absicht verknüpften) Ganzen das reale Prinzip des Erfolgs gesucht werden muß.

§. 109.

Was überhaupt den Einfluß des Irrthums auf den Begriff des dolus betrifft, so sind hier verschiedene Beziehungen zu unterscheiden. Vom Rechtsirrthume ist hier überall noch nicht die Rede, wo bloß die formelle Zurechnung in Frage steht. Hinsichtlich des Irrthums in Thatumständen dagegen ist schon oben als Grundsatz festgestellt worden, daß er, soweit er unverschuldet sei, die Zurechnung ganz oder theilweise aufhebe, soweit eben die Handlung durch denselben bedingt sei. Dabei ist dann nur zu bemerken, daß die meisten Verbrechen überall bloß mit Absicht begangen werden können, daher ihr Begriff durch den Irrthum überall ausgeschlossen wird, selbst durch den verschuldeten. Auch ist nicht zu übersehen, daß die Handlung, obgleich der Irrthum eine bestimmte verbrecherische Qualität absorbirt, gleichwohl noch eine andre beibehalten kann, was immer dann der Fall ist, wenn aus Irrthum ein qualificirtes Verbrechen verübt worden ist, während der Thäter nur die Verübung eines gemeinen in seinem Bewußtsein trug. Ob dann hinsichtlich der Qualifikation ein Versehen anzunehmen sei, hängt wiederum ganz von der Natur des bestimmten Verbrechens ab. — Schwieriger erscheinen nun aber folgende Fälle. 1) Der Thäter handelt in verbrecherischer Absicht, aber vermöge eines Irrthums erfolgt objektiv entweder gar keine oder eine geringere Rechtsverletzung. 2) Derselbe handelt in verbrecherischer Absicht, aber vermöge eines Irrthums führt er das beabsichtigte Verbrechen nicht an dem specifischen Gegenstande aus, auf welchen er es abgesehen hatte, dagegen an einem andern, an welchem das Verbrechen überhaupt seine Natur nicht verändert. Es ist aber klar, daß der Irrthum seine allgemeine Natur auch in diesen Fällen beibehalten muß. Wie daher das im Irrthum verübte dem Thäter nicht zum

Digitized

Nachtheile zugerechnet wird, wo er nach den ihm bekannten faktischen Umständen keine oder eine geringere Rechtsverletzung hervorzubringen glaubte, resp. glauben mußte, so darf ihm der Irrthum andrerseits auch nicht zu seinem Vortheil zugerechnet werden, wenn nur vermöge des Irrthums selbst eine beabsichtigte Rechtsverletzung gar nicht oder (quantitativ oder qualitativ) anders zu Stande kam. Die Handlung bleibt daher in solchen Fällen verbrecherisch, und zwar im Fall 1) versuchtes, im Fall 2) vollendetes Verbrechen (s. unten). Es versteht sich übrigens von selbst, daß in diesen Fällen immer das Princip der eingetretenen objektiven Existenz in der verbrecherischen Absicht gelegen haben muß, daher mit denselben die ganz verschiedenen Fälle nicht verwechselt werden dürfen, wenn an die Ausführung einer verbrecherischen Absicht ein rechtsverletzender Erfolg sich anhängt, der sein Princip in einer ausserhalb der Handlung liegenden Ursache hatte. Ein solcher Erfolg kann als zufälliger, oder als kulposer, oder als doloser erscheinen; aber die Frage ist hier eine durchaus andere, nämlich die: ob die Wirkung einer der Handlung fremden Ursache von dem Handelnden berechnet oder nicht berechnet worden sei, und ob sie im letzteren Fall wenigstens hätte berechnet werden können. Hier handelt es sich also nicht von einem Irrthum in Beziehung auf die unmittelbare Existenz der Handlung selbst, sondern nur von einem Irrthum in Beziehung auf deren mögliche Folgen oder begleitende Umstände, die mit der Natur der Handlung selbst nichts zu thun haben. — Das Princip läßt sich dahin zusammenfassen: durch den Irrthum kann die Natur der Absicht, als des bewußten Willens, eine Handlung in ihrer allgemeinen Qualität zu realisiren, in keiner Weise alterirt werden; daher kann weder eine Handlung, bei der das Subjekt gerade über einen solchen Theil des Thatbestands in Irrthum ist, wodurch sie überhaupt zum Verbrechen oder zu einem schwereren Verbrechen wird, jemals als eine

Digitized by Google

doloſe gelten, noch kann umgekehrt der dolus bei einer Handlung dadurch hinwegfallen, daß ſich der Verbrecher in Beziehung auf ſolche faktiſche Umſtände irrt, deren Nichteriſtenz die Handlung verhindert, entweder überhaupt ihren Erfolg oder doch einen beabſichtigten ſchwereren Erfolg zu entwickeln (ſo lang nur die Handlung überhaupt ihre allgemeine Qualität behält); endlich aber iſt es völlig indifferent, ob die Handlung gerade an dem ſpeciellen Gegenſtande realiſirt wird, welchen der Thäter zunächſt vor Augen hatte, oder an einem andern, in Beziehung auf welchen die Handlung ganz dieſelbe allgemeine Qualität offenbart.

Anm. — In Beziehung auf den Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit läßt ſich auch nach den neueſten Unterſuchungen von Geib, Luden und Pfotenhauer[1]) nicht ſagen, daß über das Princip ein vollkommen klares Bewußtſein vorhanden wäre, obgleich die beiden Letzteren, in weſentlicher Uebereinſtimmung mit der herrſchenden Doktrin, im Reſultate ganz das Richtige treffen. Ein großer Fehler iſt es hier, wie ſo oft in unſrer Wiſſenſchaft, daß Verſchiedenartiges untereinandergeworfen, Zuſammengehöriges zerriſſen, und neben richtiger Entſcheidung einzelner Fälle die klare Feſtſtellung und Durchführung des Princips verſäumt wird. So wird von Luden Abh. II. S. 545. ff. die Frage über den Rechtsirrthum auf eine keineswegs die Klarheit befördernde Weiſe eingemiſcht. Geib verwirrt die Frage dadurch, daß er die ſogenannten aberrationes delicti und einfache Fälle der Konkurrenz zwiſchen dolus und culpa mit herbeizieht. Dagegen ſpricht z. B. Hefftер[2]) vom Einfluß

1) Geib N. Arch. 1837 S. 561. 1838 S. 36. Pfotenhauer de del. per err. in pers. Comm. Derſ. der Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit.

2) Vgl. auch denſelben im N. Arch. XII. S. 278 ff.

Digitized by Google

des Irrthums an ganz verschiedenen Stellen, §. 36, 56, 70. Andre, wie Wächter, bringen die bedeutendsten Fragen erst im besondern Theile vor. Andrerseits weist Geib Momente, die nothwendig hierher gehören, ausdrücklich ab, um die Sache sofort mit andern in Verbindung zu bringen und dadurch das Princip zu verfehlen [1]).

Zuvörderst ist hier vom Rechtsirrthum ganz abzusehen, und vielmehr nur darnach zu fragen, welchen Einfluß der Irrthum in Thatumständen auf die Zurechnung überhaupt und besonders auf die Zurechnung zum dolus habe? Nun ist anzuerkennen, daß die herrschende Doktrin hierauf die ganz richtige Antwort giebt, daß durch ignorantia facti der Begriff des dolosen Verbrechens immer, der des kulposen dagegen nur dann ausgeschlossen werde, wenn die Unwissenheit eine unverschuldete sei. (Marezoll §. 28); wozu dann in der Regel an anderen Stellen bemerkt wird, daß keineswegs jede verbrecherische Handlung auch die Möglichkeit der bloß kulposen Begehung einschließe. Heffter §. 69. Gegen diese herkömmliche Lehre opponirt sich zwar (s. o.) Luden, indem er überhaupt den Zusammenhang zwischen den Lehren vom Irrthum und von der culpa aufgehoben wissen will. Indessen ist schon oben gezeigt worden, daß für das praktische Resultat der viele Scharfsinn, den Luden bei dieser Gelegenheit aufwendet, eigentlich verschwendet ist. Denn immer, wenn er an das praktische Resultat kommt, begegnen wir der Wendung: Ob der Handelnde die Vorstellung gehabt habe, nicht zu wissen, daß er durch seine Handlung die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde, sei eine faktische Frage; daß er sie aber gehabt habe, müsse angenommen werden, sobald der Handelnde

1) Vgl. noch besonders Mittermaier Note 1. zu Feuerbach §. 57.

in einer Weiſe thätig geweſen ſei, daß nach der allgemeinen Erfahrung die nächſten Urſachen des rechtsverletzenden Erfolgs zwar nicht nothwendig in Wirkſamkeit geſetzt werden mußten, aber doch in Wirkſamkeit geſetzt werden konnten. Z. B. wenn Jemand unwiſſend Gift eingab, ſo handle er kulpos, wenn er nach der allgemeinen Erfahrung ſich habe vorſtellen müſſen, nicht zu wiſſen, ob die Subſtanz Gift ſei oder nicht; oder: wenn Jemand an einem gangbaren Ort ſchieße und einen Andern tödte, ſo begehe er ein kulpoſes Verbrechen, weil er nach der allgemeinen Erfahrung ſich einen Erfolg dieſer Art als möglich habe vorſtellen müſſen. Dies Alles iſt doch aber in der That nur eine Umſchreibung der gewöhnlichen Lehre, daß der vermeidliche Irrthum nicht entſchuldige, ſondern nur der unvermeidliche. Denn ein vermeidlicher Irrthum wird in der Regel eben dann anzunehmen ſeyn, wenn der Handelnde nach der allgemeinen Erfahrung den ſchlimmen Erfolg als möglich annehmen mußte, ein unvermeidlicher dann, wenn der Handelnde in der allgemeinen Erfahrung einen Grund zur entgegengeſetzten Annahme hatte. Mittelſt dieſes Herbeiziehens der „allgemeinen Erfahrung" geräth ſogar Luden in Gefahr, in den von ihm bitter getadelten Irrthum der gemeinen Doktrin zu fallen, welche den Begriff der mäßigen Sorgfalt aus dem bürgerlichen Rechte in's Strafrecht überträgt. Indeſſen ſagt er doch wieder richtig, daß der Handelnde nicht bloß nach der allgemeinen Erfahrung, ſondern nach den Bedingungen ſeiner eigenen Individualität zu beurtheilen ſei, womit er im praktiſchen Reſultate ganz mit der von uns gegebenen Entwicklung der Sache übereintrifft, nur mit dem Unterſchiede, daß dieſe die Unſchicklichkeit einer præsumtio culpæ vermeidet. —

So richtig nun aber der gedachte Satz der gewöhn-

lichen Doktrin ist, so wenig findet sich jedoch eine feste und erschöpfende Durchführung des darin angewandten richtigen Princips. So stellt z. B. Hefftter §. 56 jenen Grundsatz ganz richtig auf, fährt dann aber fort: „dagegen hebt es die Zurechnung nicht auf, wenn ein an sich unerlaubtes Handeln bloß durch Irrthum ein andres Objekt, als das gewollte, traf oder wenn es in eine andre Rechtsverletzung ausartete." Ist schon dieser Gegensatz auffallend, da doch die fragliche Bestimmung nur eine Konsequenz desselben Princips ist, so ist es noch auffallender, daß §. 36 ein unmögliches Verbrechen dann angenommen wird, wenn Jemand eine bestimmte verbrecherische Absicht an einem dazu ganz untauglichen Objekte ausüben wollte, sowie denn §. 76 dasselbe hinsichtlich des Verbrechens mit untauglichen Mitteln behauptet wird, oder wenn im §. 70 unter der Rubrik der Aberrationen Fälle zusammengestellt sind, die keineswegs zusammengehören. Im Texte ist nun das allgemeine Princip aufgestellt und seine Anwendung in den verschiedenen möglichen Beziehungen angegeben. Daraus erhellt, daß die Fragen über das Verbrechen an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln, ferner über die Verwechslung des einen unmittelbar tauglichen Objekts mit einem andern dergleichen, ferner über ein gemeines Verbrechen, in welchem der Thäter irrthümlich ein qualificirtes zu begehen glaubt, ferner über die Aberrationen, sofern sie von den wirklichen Konkurrenzfällen von dolus und culpa unterschieden werden müssen, — daß alle diese Fragen zusammengehören und aus einem Grundprincip beantwortet werden müssen, und zwar eben aus demselben, welches dem herkömmlichen Grundsatze über die Zurechnung des Irrthums zu Grunde liegt. Denn in allen diesen Fällen handelt es sich um dieselbe allgemeine Frage:

Digitized by Google

kann eine Absicht durch einen faktischen Irrthum ihre Natur verlieren? Entweder liegt nämlich 1) eine nicht-verbrecherische Absicht, resp. die Absicht zu einem geringeren Verbrechen vor; der Handelnde befindet sich aber in faktischem Irrthum, und vermöge dieses Irrthums wird überhaupt erst eine Rechtsverletzung oder eine größere Rechtsverletzung, als die gewollte, hervorgebracht, — hier giebt die Doktrin die richtige Entscheidung, daß die Rechtsverletzung überhaupt oder das nicht gewußte Mehr niemals zum dolus zugerechnet werden könne, d. h. daß die Handlung ganz oder theilweise den Charakter einer rechtlichen behalte. Eine andre Frage ist dann die, ob der Irrthum nicht etwa vermeidlich war, in welchem Falle, je nach der Natur des vorliegenden Delikts, der Erfolg zur culpa zugerechnet werden kann, oder auch nicht (wie beim Diebstahl, Ehebruch ꝛc. ꝛc.). Oder aber: 2) es liegt eine verbrecherische Absicht, resp. die Absicht zu einem größeren Verbrechen vor; der Handelnde befindet sich aber in faktischem Irrthum über den unmittelbaren Gegenstand oder die Mittel seiner Handlung [1]), und vermöge dieses Irrthums geschieht es, daß das beabsichtigte Verbrechen objektiv entweder gar nicht, oder doch zu einer geringeren Rechtsverletzung sich entwickelt; — hier muß nun begreiflicher Weise ganz dasselbe Princip, wie oben, zur Anwendung kommen, d. h. das gar nicht oder relativ nicht erfolgte Eintreten des Erfolgs darf dem Handelnden nicht zu Gut gerechnet werden, die Handlung bleibt eine verbrecherische. Allein Viele unsrer Kriminalisten sprechen gerade das Gegentheil aus, und auch die-

1) Ganz etwas andres ist der Irrthum über das Objekt des Verbrechens selbst, d. h. die falsche Vorstellung, daß etwas ein Verbrechen sei, was in Wahrheit keines ist. Dies ist kein faktischer, sondern ein Rechtsirrthum, gehört daher gar nicht hierher.

Digitized by Google

jenigen, welche im Resultate das Richtige treffen, leiten es doch nicht immer, wie es geschehen muß, aus dem Principe ab. Das Nähere hierüber s. unten bei der Lehre vom Versuch. 3) Ebenso verhält es sich mit dem Falle des verwechselten tauglichen Objekts und dem richtig begrenzten Falle der aberratio delicti. Auch diese Fälle können ihre Entscheidung lediglich aus dem allgemein über den Irrthum geltenden Princip erhalten. Gleichwohl sehen wir aber auch hier die Doktrin bald schwanken, bald die Fälle zerreissen, bald andre willkührlich hierherziehen, bald die Frage zwar richtig entscheiden, aber nicht aus dem Princip oder gar nur bei einzelnen Verbrechen. — Da nun eben die letztere Frage durch Geib [1]) einer neuen Diskussion unterworfen worden ist, so mag auf seine Ausführung hier etwas näher eingegangen werden.

Freilich ist sogleich die Einleitung etwas wunderlich. G. erklärt es für den Hauptfehler der gewöhnlichen Doktrin, daß sie die Frage in der Regel nur bei Gelegenheit der Tödtung und Injurie abhandle. Gleich darauf entschuldigt er dies jedoch selbst damit, daß ausserdem allerdings nur in den allerseltensten Fällen ein ähnliches Verhältniß vorkommen werde. Gleichwohl sagt er aber wieder, die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses finde in der Regel bei allen Verbrechen statt, und es sollte daher die Kontroverse als allgemeine Regel für alle Verbrechen im allgemeinen Theile, und zwar bei der Lehre vom dolus entschieden werden. Letzteres ist ganz richtig, aber nicht aus den angeführten widersprechenden Gründen, sondern

1) Vgl. Gesterding N. Arch. III. S. 486. Zachariä Versuch I. S. 274. Temme Lehre von der Tödtung S. 149. Dagegen Wächter II. S. 128. Jarcke III. S. 220. Pfotenhauer a.a.O. Bauer Abh. I. S. 400—401. (Der aber gleich darauf beim dol. gener. das umgekehrte Princip anwendet).

Digitized by Google

deshalb, weil die Frage nur ein Moment in der umfaſſenden Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung überhaupt bildet. Dies ſcheint freilich Geib nicht anzunehmen, aber offenbar, wie ſich zeigen wird, nicht zum Vortheile ſeiner Ausführung. — Er entſcheidet die Frage zuerſt nach dem Geiſte des römiſchen und des altdeutſchen Rechts, wobei er auf das hier behauptete Reſultat kommt, weil jenes (ſoweit es öffentliches Strafrecht geweſen) nur auf den dolus, dieſes nur auf den Erfolg geſehen habe. Ob der Gegenſatz in ſolcher Abſtraktion überhaupt richtig, ob namentlich nicht das über die römiſchen Privatdelikte Angegebene unrichtig, und dieſe ganze Ausführung allzuſehr nur von der Oberfläche abgeſchöpft ſei, kann hier dahingeſtellt bleiben. Denn, indem Geib auf die Karolina übergeht und ihren Geiſt dahin bezeichnet, daß die Richter überall auf das natürliche Gefühl und den geſunden Menſchenverſtand, mithin wohl auch auf die Natur der Sache ſelbſt verwieſen worden ſeien, ſo erhalten wir nun ſeine eigene philoſophiſche Anſicht über die Frage, um ſomehr, da er ſelbſt geſteht, daß das poſitive Recht dem Fragenden hier überall keine ſpecielle Antwort gebe. Nach dem Geiſte der Karolina, meint nun freilich Geib, könne es gar keinen Zweifel leiden, daß in dem fraglichen Falle nie ein doloſes vollendetes Verbrechen angenommen werden könne, weil dieſes gegen das natürliche Gefühl und den geſunden Menſchenverſtand allzuſehr verſtoßen würde. Solche Behauptungen ſind überaus bequem, aber freilich nicht ebenſo überzeugend, im vorliegenden Fall ſchon darum nicht, weil der Verf. merken läßt, daß er den fraglichen Fall unter einen ganz ſchiefen Geſichtspunkt gerückt hat. Indeſſen läßt er ſich doch auch zum Beweiſe ſeiner Anſicht herbei. Die Karolina, ſagt er, und hiermit die Natur der Sache

Digitized by Google

führen von dem bloß subjektiven, sowie von dem bloß objektiven Gesichtspunkt ab zu einem subjektiv-objektiven. Damit hat er ohne Zweifel sehr Recht, aber freilich dürfte es wieder oberflächlich seyn, wenn er diesen Gesichtspunkt auch einen gemischten nennt und den Fortschritt des gemeinen deutschen Rechts eben nur in einer eklektischen Vermengung der Glieder jenes Gegensatzes sucht. Daß dem so sei, gesteht G. selbst; es wäre aber auch ohnedies aus seinen Aeusserungen über die Natur des dolus zu entnehmen gewesen. Sein Hauptsatz nämlich, aus dem alle ferneren Unrichtigkeiten sich von selbst ergeben, ist der, daß der dolus in der Bedeutung des Vorsatzes aufzufassen, mithin ein doloses Verbrechen nur dann anzunehmen sei, wenn der Erfolg eben nur die unmittelbare Verwirklichung des speciellen Vorsatzes darstelle. Um dies zu beweisen, braucht er Argumente, die an sich richtig sind, aber die theils seinen Satz nicht bekräftigen, theils in den Verlauf der Entwicklung Verwirrung bringen. Er sagt: die Hauptfrage sei, ob Absicht und Erfolg in der Art zusammengehören, daß ein doloses Verbrechen bloß dasjenige genannt werden könne, wobei der eingetretene Erfolg die Folge der Absicht des Verbrechers sei, oder ob es zu jenem Begriff auch schon hinreiche, wenn nur die verbrecherische Absicht und der beabsichtigte Erfolg überhaupt vorliegen, dieser letztere aber nicht als Folge jener Absicht, sondern als Folge irgend eines anderen Ereignisses betrachtet werden müsse; die Frage sei aber unbedingt in dem ersteren Sinne zu entscheiden. G. hat hiemit vollkommen Recht, wenn nur unter Absicht das verstanden wird, was darunter (auch nach dem Geiste des gemeinen deutschen Rechts) zu verstehen ist. Allein da er unter Absicht vielmehr den bloßen Vorsatz versteht, dessen Natur nicht durch die objektive Natur

Digitized by Google

der Handlung, sondern durch die subjektive Willkühr der Reflexion des Handelnden bestimmt wird, so wird durch diese Unterschiebung der an sich ganz richtige Satz schief, und der von G. aufgestellte Gegensatz geradezu unwahr. Denn nun ist der Sinn nicht mehr bloß der, daß die Absicht das reale Princip des Erfolgs gewesen seyn müsse, sondern der, daß der Erfolg auch dem speciellen Vorsatze des Handelnden entsprochen haben müsse. Indem nun aber in allen Fällen, wo dies nicht eintrifft, kein dolus, sondern culpa oder casus angenommen werden soll, so wird hiemit nicht nur die Natur des dolus völlig verdreht, sondern das ganze Gebiet der Zurechnung in Verwirrung gebracht. Nach der so glücklich eingeschobenen petitio principii ist es nun freilich leicht, das zu beweisen, was bewiesen werden soll. G. nimmt folgenden Gang. Er stellt erst reine Fälle der Konkurrenz zwischen dolus und culpa oder auch casus auf, die er vollkommen richtig entscheidet (dabei hat er wahrscheinlich vergessen, daß er kurz zuvor — N. Archiv 1837, S. 585. 586 selbst gesagt hat, daß solche Fälle auf die vorliegende Frage durchaus keine Beziehung haben). Denn das leidet allerdings keinen Zweifel, daß ein nicht zu berechnender Zufall, der als begleitender Umstand bei Ausführung einer verbrecherischen Absicht auftritt, durchaus seine Natur als Zufall behält, und daß ebenso ein bloßes Versehen mit einer dolosen Handlung konkurriren kann (es zeugt nur wieder von keiner Klarheit der Begriffe, wenn in der Note 65. S. 42. 43 gesagt wird, es mache im Resultate keinen Unterschied, ob man diese Fälle als culpa dolo determinata oder als eventuellen dolus bezeichnen wolle [1]).

---

1) Bauer a. a. S. stellt die Principien richtig auf, macht aber, wie gesagt, falsche Folgerungen. Vergl. auch Jenull in Wagners

Hier handelt es ſich immer von einem rechtsverletzenden Erfolge, der an die Ausführung einer verbrecheriſchen Abſicht ſich anhängt, aber ihr fremd iſt, vielmehr ſein Princip in einer auſſer der Handlung liegenden Urſache hat. So z. B. wenn der Dieb durch mitgebrachtes Licht eine Feuersbrunſt, der Ehebrecher durch den Beiſchlaf einen Abort veranlaßt. Weder gehört das Lichtmitbringen und Feuermittheilen zur Natur des Stehlens, noch das Abortbewirken zur Natur des Ehebrechens. Wer alſo nur Diebſtahl, nur Ehebruch beabſichtigte, der iſt nicht doloſer Brandſtifter, oder Abortbewirker, auſſer er hätte eventuell ſeine Abſicht ſchon vorher auch auf dieſe möglichen Folgen gerichtet, was aber hier eben nicht in der Vorausſetzung liegt. Sondern die Sache verhält ſich hier gerade ſo, wie wenn der Dieb heute geſtohlen und morgen kulpos Brand geſtiftet hätte. Es konkurriren zwei dem Weſen nach einander ganz fremde Handlungen. Allein eben deshalb iſt es durchaus verkehrt, derlei Fälle hier aufzuführen, wo von dem Einfluſſe des Irrthums auf die Zurechnung zum dolus in Beziehung auf eine in ſich geſchloſſene Handlung die Rede iſt. Ebenſo würde es ſich nun auch mit den Aberrationsfällen verhalten, wenn unter dieſen Titel wirklich Alles das gehörte, was Hefftter §. 70. darunter zuſammenſtellt. Allein die Fälle 3—5 ſind reine Fälle der Konkurrenz zwiſchen dolus und culpa, der Fall 6 iſt der eine von den beiden Fällen der indirekten Abſicht, ſ. unten; und nur der Fall 2. gehört neben dem unſre Hauptfrage enthaltenden Fall 1. hieher, wird übrigens auch von Hefftter unrichtig entſchieden, während er im

---

Zeitſchr. 1826. I. S. 312. 313 und Mittermaier a. a. O. S. 98 unten 99 ob.

Digitized by Google

Fall 1. das Richtige angiebt [1]). — Indem nun Geib ſich zu den, von ihm richtig abgegrenzten, Aberrationsfällen wendet, rückt er mit ſeiner falſchen Anſicht über die Natur des dolus etwas näher heraus, indem er einen nothwendigen Zuſammenhang zwiſchen Abſicht und Erfolg fordert und dies ſo erklärt, daß der wirkliche Erfolg als direkte Folge der urſprünglichen Abſicht erſcheinen müſſe. Damit zeigt er, daß er unter dolus wirklich bloß den Vorſatz verſteht, mithin auch z. B. das oben über den generellen dolus Ausgeführte nicht anerkennt. — Er ſagt: „Man nehme z. B. folgende Fälle: Jemand ſchießt nach einem Andern, um ihn zu tödten; allein in dem Augenblicke des Abdrückens tritt ein Dritter dazwiſchen und erhält ſtatt jenes die tödtliche Wunde; oder es will Jemand einen Andern durch eine Maulſchelle injuriiren, dieſer aber bückt ſich im Augenblicke des Schlags und ein Dritter wird dadurch getroffen. Hier zeigt ſich überall ein ganz ähnliches Verhältniß, wie bei den obengenannten Fällen der culpa dolo determinata, und, ſowenig in jenen Fällen von einer doloſen Tödtung die Rede ſeyn konnte, ebenſowenig iſt dies hier der Fall.“ Es hängt Alles von dieſer Vorausſetzung ab; daher fragt ſich eben, ob wirklich die fraglichen Fälle ſich ſo ganz ähnlich ſind? G. fährt fort: „Daß der Dritte durch den Schuß getödtet oder durch die Maulſchelle getroffen wurde, iſt ein von der Abſicht des Verbrechens durchaus unabhängiges, rein zufälliges, höchſtens kulpoſes Ereigniß; die urſprüngliche Abſicht und der wirkliche Erfolg fallen völlig auseinander; ſie haben ganz verſchiedene Objekte zum Gegenſtande, und von einer Verbindung beider in

1) Vergl. Heffter ſelbſt im N. Arch. XII. S. 285—289, wo das Princip richtig aufgeſtellt iſt.

der Art, daß der Erfolg aus der Absicht nothwendig hervorgegangen wäre, findet sich keine Spur; auch hier fällt also der Kausalnexus und damit von selbst der Begriff der dolosen Tödtung hinweg." Es ist nicht zu läugnen, daß Geib von seiner falschen Prämisse aus richtig argumentirt. Aber in der Sache selbst verfehlt er es ganz und gar. Vielmehr kann nichts verschiedener seyn, als die Fälle, welche er für ganz ähnlich ausgiebt. Oben nämlich handelte es sich von einem Erfolge, der sein Princip in einer ausser der Handlung liegenden Ursache hatte [1]). Hier aber ist gerade die Handlung ihrer allgemeinen Natur nach ausgeführt; es liegt gerade nur derjenige Erfolg vor, der in dem Wesen der Handlung selbst liegt und dieses in einer entsprechenden objektiven Existenz bethätigt. Hier hat sich nicht an die Ausführung einer Absicht ein ihrem Wesen fremder Zufall angehängt, dessen Wirkung dem Handelnden nur zum Versehen anzurechnen wäre, weil er ihn als möglich hätte voraussehen können. Sondern der dolus als solcher ist realisirt. Der Fehler bei Geib liegt aber darin, daß er, statt von der Absicht, von der „ursprünglichen" Absicht, d. h. von dem Vorsatz des Handelnden spricht. Hierin liegt jedoch die Verkehrtheit, daß anzunehmen wäre, das Wesen, die verbrecherische Natur der Tödtung, der Injurie liege nicht darin, daß überhaupt einem menschlichen Individuum das Leben oder die Ehre als Recht abgesprochen wird, sondern vielmehr darin, daß dies gegenüber von bestimmten Individuen geschehe. Allein offenbar ist das Gegentheil der Fall, wie auch Pfoten-

1) Dies ist auch in dem von Mittermaier a. a. O. unter c) angegebenen Fall anzunehmen, wenn das Verbrechen, das die gewollte Person traf, durch ein von dem Thäter nicht veranstaltetes Fortwirken noch weitere Personen verletzte. s. Hitzig Annal. IV. S. 1.

Digitized by Google

hauer richtig annimmt, nur daß ſein Grund: wer ein Verbrechen begehen will und daſſelbe auch wirklich begangen hat, iſt ein doloſer Verbrecher — in dieſer Allgemeinheit allerdings nichts taugt. Die Sache iſt aber die: Man muß ſich die wahre Natur des dolus vergegenwärtigen, die offenbar nur darin liegt, daß Jemand überhaupt darauf ausgeht, einen Menſchen zu tödten, zu injuriiren. Man muß nur überhaupt von der herkömmlichen Vorſtellung ſich losmachen, als ob das Objekt der Tödtung ein Menſch, das des Diebſtahls eine Sache wäre u. ſ. f., da doch vielmehr das Objekt der Tödtung das Recht auf das Leben, das Objekt des Diebſtahls das Eigenthumsrecht iſt. Freilich kurſirt jene grundfalſche Vorſtellung faſt allgemein in unſern Lehrbüchern, und bewirkt, daß nicht nur die beſondern Thatbeſtände oft ganz irrig dargeſtellt, ſondern auch Fragen des allgemeinen Theils, die auf den unmittelbaren Gegenſtand verbrecheriſcher Handlungen Bezug haben, nothwendig verwirrt werden müſſen. Zu den von Luden gemachten guten Bemerkungen gehört es aber ohne Zweifel, wenn er Abh. II. S. 161. Anm. eben auf das hindeutet, was hier angeführt wird, — wenn gleich er durch ſeine Grille, daß zwiſchen Rechts- und Geſetzesverbrechen zu unterſcheiden ſei, dieſe wie andere richtige Andeutungen ſelbſt wieder um ihre Fruchtbarkeit bringt. Die Natur des dolus alſo, ſagen wir, iſt die Richtung des Willens auf die Verletzung eines beſtimmten Rechts überhaupt, gleichviel ob der Handelnde ſpeciell dieſe oder jene Perſon oder Sache im Auge habe. Das Verbrechen der Tödtung beſteht nicht darin, daß ich den A. oder B. umbringen will, ſondern darin, daß ich überhaupt einen Menſchen umbringen will. Handle ich nun in dieſer Abſicht, ſo kann weiter nur die Frage ſeyn: habe ich dieſe meine

Digitized by

Absicht ihrer allgemeinen Natur, ihrer wesentlichen Qualität nach auch wirklich ausgeführt, d. h. habe ich durch meine mit dem animus occidendi ausgeführte Handlung auch wirklich einen Menschen umgebracht? Diese Frage ist nun aber im vorausgesetzten Falle allerdings zu bejahen. Da nun Geib selbst ganz richtig sagt, daß in der Entscheidung des Aberrationsfalls von selbst schon auch die Entscheidung des Verwechslungsfalls enthalten sei, so folgt, daß auch hier gerade ebenso gegen ihn zu entscheiden sei. Denn auch hier ist jene ebengedachte Frage lediglich zu bejahen. Gegen diese Bejahung kann aber nicht eingewendet werden, was Geib gegen Karpzov, Matthäus und Pfotenhauer einwendet: daß die Forderung des Kausalnexus ignorirt werde. Im Gegentheil gehen wir ja gerade davon aus, daß in beiden Fällen der Kausalzusammenhang zwischen Absicht und Erfolg ganz vollkommen vorhanden ist, nur das läugnen wir, daß unter den Begriff der Absicht der Begriff der „ursprünglichen" Absicht untergeschoben werden dürfe. Unsere Entscheidung folgt einfach aus dem allgemeinen Prinzip über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung zum dolus. Sie involvirt den sicherlich dem natürlichen Gefühle und gesunden Menschenverstand — falls ihnen nur die Frage richtig vorgelegt wird, — keineswegs fremden Satz: daß das Verbrechen der Tödtung in der Absicht, überhaupt einen Menschen zu tödten, nicht aber in der Kaprice, ein bestimmtes Individuum umzubringen, bestehe, daß ich daher, falls ich in dieser Absicht handle und eben nur durch meine Handlung, meinen Schlag, Stich, Schuß ꝛc., wirklich einen Menschen um's Leben bringe, der dolosen Tödtung schuldig sei; daß ich mir es keineswegs zum Vortheil anrechnen dürfe, wenn ich den nächsten

Gegenstand meiner Handlung mit einem andern verwechselt oder auch statt desselben einen andern getroffen habe [1]). Man vergleiche doch nur den von Geib angegebenen Verirfall, daß der, den ich tödten will, statt von mir getroffen zu werden, ausgleitet und an seinem Sturze stirbt. Hier ist allerdings ein Zufall vorhanden, dessen Wirkung mir gar nicht oder doch nur zur culpa zugerechnet werden darf. Denn hier hatte der Erfolg sein Princip in einer ausserhalb meiner Handlung liegenden Ursache. Dagegen in dem Falle der Aberration, wie in dem der Verwechslung, hat er sein Princip eben nur in meiner durch den animus occidendi, injuriandi bestimmten Handlung; es kommt hier zwar auch ein Zufall und ein Irrthum vor; aber, so wenig ich mir die Zurechnung solcher Zufälle und Irrthümer gefallen zu lassen brauche, wo ich mir bewußt bin, rechtlich zu handeln, und eben nur vermöge des Zufalls oder Irrthums meine Handlung in Rechtsverletzung umschlägt, ebensowenig darf ich hier fordern, daß sie mir zum Vortheil angerechnet werden. Geib sagt noch speciell über den Verwechslungsfall Folgendes: „In Beziehung auf den Dritten (wirklich Getödteten), der vielleicht der eigene Freund des Verbrechers war, dachte derselbe ebensowenig daran, einen Mord zu verüben, als der Dieb, der durch das Stehenlassen seines Lichtes eine Feuersbrunst erzeugt, daran denkt, eine Brandstiftung zu bewirken; die Absicht des Einen war ausschließlich auf seinen Feind, die Absicht des andern ausschließlich auf das Geld gerichtet." Hierin liegt nun der oben gerügte

1) Diese Ansicht ist auch in England und Frankreich anerkannt. s. Fourth Report of the commiss. on crim. law u. Hellie Théorie du Code pénal, bei Mittermaier a. a. O.

Digitized by Google

Fehler offen zu Tage. In der Absicht, die zum Stehlen gehört, liegt allerdings nicht entfernt die Absicht der Brandstiftung; das ist vollkommen richtig. Aber gänzlich verkehrt ist es, diesem Falle den casus in terminis gleichzustellen. Denn es liegt ja die völlige Verschiedenheit beider auf den Händen. Der Mörder wollte einen Menschen tödten; das ist sein Verbrechen, nicht, daß er seinen Feind tödten wollte; letzteres geht das Recht nichts an, dem es völlig gleichgültig ist, ob er seinen Feind und Freund tödten wollte; wie denn schon die zehn Gebote einfach sagen: Du sollst nicht tödten, du sollst nicht stehlen, — nicht aber: Du sollst deinen Feind nicht tödten, du sollst dies oder das nicht stehlen. Er wollte also einen Menschen tödten und hat es auch gethan, und zwar eben durch die Handlung, mittelst welcher er es thun wollte. Wie kann dieser Fall mit dem des Diebs irgendwo zusammengestellt werden, ausser in der Absicht, ihre vollkommene Gegensätzlichkeit aufzuzeigen? — Indessen bemerken wir noch ausdrücklich, daß wir auf die Argumentation von Gesterding und Pfotenhauer, der auch v. Hufnagel [1]) und Zachariä [2]) beistimmen, kein Gewicht legen. Gegen diese hat Geib Recht, da sie seine Prämissen zugiebt und das richtige Resultat nur durch ein Sophisma erreicht. Sie geht gerade davon aus, daß die Absicht, worauf es ankomme, die specielle Absicht gegen ein bestimmtes Individuum sei, und beruft sich nun darauf, daß für den Handelnden im Augenblicke der Handlung das getroffene Individuum auch wirklich das gemeinte sei. Mit Recht sagt

1) Kommentar Anh. V. S. 61. 62.

2) Die Lehre vom Versuch. I. §. 143. vgl. auch Luden Abh. I. S. 516 n. 1.

Digitized by Google

dagegen Geib, daß die Absicht, worauf man sich hier berufe, eine bloße Scheinabsicht sei. Auch erhellt die Unrichtigkeit jener spitzfindigen Entscheidung sogleich daraus, daß Gesterding, wie auch Hufnagel thut, in dem Aberrationsfalle gerade das Gegentheil annimmt (so auch Hefftter §. 70). Geht man einmal von Geib's Prämissen aus, so muß man mit ihm in allen betreffenden Fällen bloße Konkurrenz von culpa nnd dolus annehmen. Entscheidet man sich aber im Fall der Verwechslung für die richtige Ansicht, so muß man es auch im Falle der Aberration thun (s. Wächter II. S. 128), sobald man sich das richtige Princip jener ersteren Entscheidung deutlich macht. Am Schlusse seiner Abhandlung streift Geib selbst in das punctum saliens, indem er zwischen speciellem und generellem dolus unterscheidet. Freilich ist der aufgestellte Unterschied ein durchaus falscher; indem er so angegeben wird: genereller dolus sei vorhanden, wenn der Handelnde sich vorgesetzt habe, überhaupt einen Mord ꝛc. zu begehen, specieller, wenn er sich vorgesetzt habe, einen bestimmten Menschen zu tödten. Allein Geib hätte hier leicht darauf kommen können, daß aller dolus nothwendig in dem angegebenen Sinne ein genereller ist, ein specieller aber angeführter Maßen gar nicht rechtlich existirt. Er will zwar gerade bei Tödtung und Injurie seinen speciellen als Regel festgehalten wissen, fügt aber selbst die merkwürdige Aeußerung hinzu, daß es nicht nur überhaupt auch bei diesen Verbrechen einen generellen dolus gebe, sondern daß dieser sogar überall zu präsumiren sei, wo die Handlung selbst zeige, daß der Thäter sich nicht auf einen bestimmten Gegenstand kapricirt habe. Solche Präsumtionen sind stets die nothwendige Folge, wenn der Begriff des dolus mit Feuerbach

mehr oder minder auf den des Vorsatzes zusammengeschraubt wird. Es braucht aber solcher zweideutigen Kunstgriffe gar nicht, sobald man sich die wahre Natur der Absicht klar macht, die freilich gar nie als specieller dolus in Geibs Sinne rechtlich in Frage kommt. Wie unpraktisch auch die Ansicht Geibs sei, geht endlich noch daraus hervor, daß er sie zu guter Letzt hauptsächlich nur bei der Tödtung für anwendbar erklärt, während er beim Diebstahl und der Injurie einen andern sinnreichen Ausweg findet, um das richtige Resultat zu treffen. Wenn er nämlich auch am Schlusse gleichwohl wieder seine Ansicht auch auf Körperverletzung, Brandstiftung, Ehebruch, Nothzucht ꝛc. angewendet haben will, so steht hier ein Doppeltes entgegen, 1) daß er selbst vorher gesagt hat, bei andern Verbrechen, als Tödtung und Injurie, sei die Frage so gut als ganz unpraktisch, 2) daß, den Eintritt solcher unpraktischen Fälle angenommen, die Geibische Ansicht den Richter gerade ganz im Stiche läßt, sobald es sich von Ehebruch, Nothzucht oder sonst einem Verbrechen handelt, das nicht kulpos begangen werden kann. Dann frage man aber doch den gesunden Menschenverstand, ob er sich damit begnügen wird, die Ehebrecherin, die statt des erwarteten A. in der Dunkelheit den B. umarmt, oder den Nothzüchtiger, der statt der Frau die Kammerjungfer unter die Hände bekommt, bloß wegen Versuchs des Ehebruchs oder der Nothzucht bestraft zu sehen! — Indessen meint Geib gerade in einer Hauptbeziehung doch seiner Lehre die größere praktische Brauchbarkeit vindiciren zu dürfen, nämlich hinsichtlich derjenigen Fälle, wo das beabsichtigte und das irrthümlich begangene Verbrechen nicht identisch sind, sondern beide bloß zur selben Gattung gehören, wie z. B. Mord und Verwandtenmord. Nach seiner Ansicht

ſei die Entſcheidung ganz einfach; es ſei entweder Verſuch eines einfachen Mords neben kulpoſer Verwandtentödtung, oder es ſei Verſuch eines Verwandtenmords neben kulpoſer einfacher Tödtung anzunehmen. Dagegen ſei die gewöhnliche Anſicht hier voller Inconſequenz, da ſie in beiden Fällen nur einfachen Mord annehmen, das eine Mal aus dem objektiven das andere Mal aus dem ſubjektiven Geſichtspunkt argumentirend. Allein dieſer Vorwurf fällt hinweg, ſobald man die Sache unter das richtige Princip ſtellt. Wollte der Thäter ein gemeines Verbrechen begehen und beging nur aus Irrthum ein qualificirtes, ſo hat man vollkommen Recht, wenn man ihm dieſen Irrthum nicht zurechnet. Wäre freilich der Irrthum vermeidlich geweſen, ſo rechtfertigt ſich, falls das Verbrechen überhaupt auch kulpos begangen werden kann, eine Erhöhung der Strafe wegen culpa [1]). Allein, denkt man wieder an Fälle, wie die Fleiſchesverbrechen z. B. einen im Irrthum begangenen Ehebruch, während der Thäter nur ein gewöhnliches Stuprum begehen wollte, ſo wird man ſicher die Geibiſche Methode nicht für die dem natürlichen Verſtande zuſagende halten können.—Wollte umgekehrt der Thäter ein qualificirtes Verbrechen begehen, beging aber aus Irrthum nur ein gemeines, ſo hat man praktiſch jedenfalls Recht, wenn man ihm das begangene gemeine, da ja ſolches in dem beabſichtigten enthalten iſt, vollkommen zurechnet; nur wird man den Reat hier genauer als einen qualificirten Verſuch eines qualificirten Verbrechens bezeichnen und eben deßhalb auch die Strafe des gemeinen Verbrechens um etwas erhöhen müſſen [2]).

---

1) Dieß iſt bei Mittermaier a. a. O. S. 99. oben nicht hervorgehoben.

2) Vgl. nach Heſſ. Gb. Art. 62. Bad. Entw. Art. 89.

Sieht man aber die Sache so an, so befolgt man keineswegs entgegengesetzte Gesichtspunkte, sondern wendet auch hier, wie in mehreren andern Fällen Ein und dasselbe einfache Princip an.

§. 110.

Die direkte Absicht setzt einen Menschen voraus, der als Denkender handelt und als solcher die innere Natur seiner Handlung ihrer wesentlichen Qualität nach, hiemit auch ihre Folgen in seinem Bewußtsein entwickelt und den Eintritt dieser Folgen, sie erscheinen nun als realmögliche oder als bloß mögliche, direkt oder eventuell gebilligt hat. Mag auch der Handelnde hinterher einen beschränkteren Vorsatz gehabt zu haben behaupten, so muß er gleichwohl, falls er nur überhaupt mit Vorsatz gehandelt hat, das Recht der Objektivität der Handlung wider sich gelten lassen [1]). Während aber in diesem Falle dem Handelnden nur der substantielle Inhalt seines wirklich gehabten Vorsatzes aus der objektiven Existenz seiner Handlung nachgewiesen und entwickelt wird, so macht sich nun ferner das Recht der Objektivität der Handlung selbständig gegen den Handelnden geltend, wo dieser ohne Vorsatz, gleichwohl aber auch nicht bloß kulpos, sondern so gehandelt hat, daß ihm die hervorgebrachte Rechtsverletzung zwar nicht zur direkten wohl aber zur indirekten Absicht [2]) zugerechnet werden kann.

β) Indirekte Absicht.

§. 111.

Die Zurechnung zur indirekten Absicht setzt voraus, daß der Thäter weder mit Vorsatz, noch bloß kulpos gehandelt habe. Sie erfordert also 1) im Unterschiede vom Versehen eine Absicht, d. h. den Entschluß, eine Handlung zu begehen,

1) Luden Handbuch §. 36. Anm. 9. Abh. II. S. 537. Anm. 1.
2) Michelet Moral S. 88. ff.

Digitized by Google

die ihrer wesentlichen Natur nach verbrecherisch ist; allein diese Absicht darf 2) nicht direkt im Bewußtsein des Handelnden liegen, sie darf nicht in der Form des Vorsatzes in seinem Wissen vor der Handlung gegenwärtig gewesen seyn; sie setzt daher einen ohne Ueberlegung Handelnden voraus, mithin einen solchen, der als sinnlich Einzelner handelt, was sowohl dann möglich ist, wenn sich Jemand von einem Affekte zu einem die Ueberlegung überstürzenden Entschlusse hinreissen läßt (impetus), als dann, wenn Jemand in frevelhaftem Leichtsinn handelt, während er selbst die verbrecherische Natur seiner Handlung bedacht hat, ohne doch den Eintritt des rechtsverletzenden Erfolgs direkt oder eventuell zu wollen (luxuria). Dieser Schuldgrad steht mithin 3) zwischen der direkten Absicht und dem Versehen, von welchen beiden er ein Element an sich hat, und zwar so, daß in der Form des impetus die Absicht, in der Form der luxuria das Versehen überwiegt, in beiden Formen aber so, daß die Einheit dieser Elemente nicht bloß eine äusserliche (culpa dolo determinata, oder besser Konkurrenz einer dolosen Handlung mit einer kulposen), sondern eine innerliche ist. Beim impetus insbesondere liegt das Dolose in dem Entschlusse, überhaupt eine Rechtsverletzung zu begehen, überhaupt auf eine Weise sich zu benehmen, die nothwendig zu rechtsverletzenden Folgen führen muß; das Kulpose dagegen darin, daß der Thäter eben dem Sturme des Affekts sich preisgiebt, der ihn verhindert, sich das Bewußtsein der allgemeinen Qualität seiner Handlung zu entwickeln und hiernach einen Vorsatz zu fassen, daher denn auch die Annahme eines Vorsatzes in solchen Fällen geradezu widersinnig ist und das Kriterium für die Natur der Absicht (Körperverletzung, Tödtung u. s. f.) vielmehr nur in der objektiven Existenz der Handlung selbst liegt. Bei der luxuria liegt das Kulpose darin, daß der Handelnde weder direkt, noch eventuell einen rechtsver-

Digitized by Google

letzenden Erfolg hervorbringen wollte, das Doloſe aber darin, daß er ſich die objektive Gefährlichkeit ſeiner Handlung wirklich vorgeſtellt und gleichwohl in frevelhaftem Leichtſinne darauflos gehandelt, mithin die Folgen zwar nicht direkt, wohl aber indirekt auf ſich genommen hat.

Anm. — Das zu erwartende Staunen über die Möglichkeit einer Vertheidigung des verſchrieenen dolus indirectus wird ſich legen, wenn man zuvörderſt erwägt, daß die indirekte Abſicht in dem hier angegebenen Sinne keineswegs mit dem Nettelbladt-Glänzer'ſchen dolus indirectus identiſch iſt, der neben den wahren Fällen auch den eventuellen dolus und die culpa dolo determinata, ja wohl überhaupt den ex re bewieſenen dolus directus unter ſich begriff, wenn man dann weiter ſich zum Bewußtſein bringen will, wie unpraktiſch d. h. dem wirklichen Leben fremd die auf Feuerbachs Schuldlehre gebaute herkömmliche Doktrin über dieſe Punkte iſt und wie daher mit Recht bei den neuſten Schriftſtellern ſich mehrfach das richtige Bedürfniß ankündigt, neue Wege einzuſchlagen (wir erinnern hier vorläufig an Hefſter, Roßhirt, Luden)[1]), wenn man endlich die hiſtoriſche Entwicklung der geſammten Schuldlehre ſeit dem Ende des 18ten Jahrhunderts, die unten im Zuſammenhange gegeben werden und zeigen ſoll, daß man auch hier nur mit größter Inkonſequenz noch an der Autorität Feuerbachs hänge, unbefangen würdigen will. — Hier iſt vorerſt die Beſtimmung des Paragraphen gegen die abweichende Ausführung von Michelet[2]) zu rechtfertigen. — Zwar iſt bei dieſem die Deduktion der indirekten

1) Weber im N. Arch. VI. S. 448. Mittermaier ebend. VIII. S. 350. Derſ. n. 1 zu Feuerbach §. 60.

2) Moral S. 89—94.

Absicht überhaupt ganz richtig, insbesondre dies, daß hier nicht das entwickelte Bewußtsein der Absicht stattfinde, diese aber in dem Entschlusse zur Thätigkeit eingehüllt liege, da das Subjekt die Substanz der Handlung, als sein eigenes Inneres, nicht verläugnen könne. Dagegen schränkt er die indirekte Absicht irriger Weise auf die Form des impetus ein und führt die Requisite derselben nicht richtig aus. Insbesondre ist bei ihm der Unterschied der indirekten Absicht von der bloß indirekt, ex re bewiesenen direkten Absicht keineswegs mit der erforderlichen Genauigkeit festgestellt. Wenn er aber die indirekte Absicht definirt als: eine nicht beabsichtigte Rechtsverletzung, welche als die nothwendige Folge einer beabsichtigten anzusehen sei, so ist hieran das Fehlerhafte eben dies, daß er hiemit eine direkte Absicht fordert. Er verlangt die direkte Absicht zu schaden, was zwar für die Form des impetus richtig, dagegen für die Form der luxuria falsch ist und auch bei jener nicht das Eigenthümliche ausmacht. Er verlangt ferner, daß der Handelnde die nothwendige Folge nicht vorhergesehen haben müsse, was wiederum nicht richtig ist, sofern dadurch die Form der luxuria ausgeschlossen wird. Endlich aber ist es völlig willkührlich, wenn der Begriff der indirekten Absicht fast ganz nur auf das Gebiet des Todtschlags eingeschränkt wird. — Gleichwohl aber ist der Kern seiner Darstellung vollkommen gesund, und eben darin liegt die Rechtfertigung für die hier gegebenen, das Princip konsequent ausführenden Bestimmungen, deren Richtigkeit aus einer Vergleichung mit den von Berner, abermals abweichend von dem Begriffe der Sache gegebenen am besten erhellen wird. Gegen die Aufstellung des Begriffs der indirekten Absicht überhaupt weiß er nichts zu sagen, als daß es sich hier nicht um spekulative, sondern um reine Ver-

Digitized by Google

ſtandesbeſtimmungen handle, wogegen nur zu bemerken iſt, daß wir unſrerſeits den gedachten Begriff, auf den allerdings eine ſpekulative Betrachtungsweiſe führt, gar nicht für einen ſolchen halten, welchen aufzufaſſen, dem Verſtande unmöglich wäre. Dagegen liegt ein richtiges Bewußtſein darin, wenn Berner den Begriff der luxuria als denjenigen bezeichnet, welcher an die Stelle der vermeintlich zu verwerfenden indirekten Abſicht treten müſſe. Er ſelbſt ſtellt nun mit der herrſchenden Doktrin[1]) den impetus als Unterart unter den dolus, die luxuria unter die culpa. Indeſſen zeigt ſeine Ausführung keine große Beſtimmtheit der Begriffe. So ſagt er z. B. vom impetus nur, daß hier das Moment der Berathung durch den hinzutretenden Affekt überſtürzt werde. Er giebt zu, daß bei der Prämeditation das böſe Princip tiefer in der Subjektivität des Handelnden liege, als beim impetus, meint aber doch auch wieder, man dürfe letzteren nicht zu leicht nehmen, da er dolos ſei und bleibe (S. 183). Daß dies leere Behauptungen ſeien, mit denen ſich die Entwicklung von Michelet nicht abfertigen läßt, liegt am Tage. Ueber die Natur des Affekts ſcheint dabei nicht tiefer nachgedacht zu ſeyn. Uebrigens iſt ſelbſt der eigene Ausdruck Berners, daß hier das Moment der Berathung überſtürzt werde, offenbar gegen die Behauptung, daß der impetus eine Form des Vorſatzes ſei, da letzterer ohne Berathung nicht mehr Vorſatz iſt, während eine Abſicht ohne Berathung ſich allerdings denken läßt. Weit beſtimmter iſt die Ausführung von Luden Handbuch §. 37, welcher offen heraus behauptet, der Affekt ſchließe keineswegs die Möglichkeit aus, etwas zu beabſichtigen, d. h. ſich zu einer Thätigkeit zu entſchließen

1) Mittermaier not. 4 zu Feuerbach §. 54.

Digitized by Google

„mit der Vorstellung, daß aus derselben mit Bestimmtheit ein gewisser Erfolg hervorgehen werde." Wenn sich nachweisen ließe (sagt er), daß durch den Zustand des Affekts die zum dolus erforderliche Bestimmtheit der Vorstellung von dem Kausalzusammenhange ausgeschlossen würde, so würde bei affektvollen Zuständen gar nicht von dolus die Rede seyn können. Die Vorstellung von dem Kausalzusammenhange könne aber nicht in verschiedenen Graden der Bestimmtheit vorkommen, sondern sie könne nur entweder überhaupt vorhanden seyn, oder nicht vorhanden seyn. Diese Argumentation ist durchaus folgerichtig, da es für Luden ein feststehender Satz ist, daß der dolus das bestimmte Bewußtsein des Kausalzusammenhangs involvire. Durch die Forderung der Bestimmtheit dieses Bewußtseins macht allerdings Luden den dolus zum Vorsatz, während sich im Uebrigen seine Definition sehr dem richtigen Begriffe der Absicht nähert. Aber gerade die Anwendung jener Definition auf den Fall des Affekts zeigt das Scholastische dieser Ansicht. Denn, um konsequent zu seyn, muß Luden vom Affekte eben das behaupten, was geradezu gegen dessen innerste Natur ist: daß er die Vorstellung eines bestimmten Erfolgs, ein entwickeltes Bewußtsein von der Natur der Handlung, insbesondre ihren nothwendigen Folgen zulasse. Hätte er das Leben und seine Erfahrung um Rath gefragt, so würde er viel mehr Gewicht auf den von Feuerbach[1]) vorgebrachten Zweifelsgrund gelegt haben, daß bei dem Affekte mehr die unvorsichtige Nachsicht des Menschen gegen die zum Affekt herangewachsene Empfindung in Rechnung zu kommen, daß daher hier der rechtswidrige Vorsatz unmittelbar an die bloße Fahrläßigkeit zu grenzen

1) Kriminalfälle II. S. 166.

Digitized by Google

oder ſich gar in das Gebiet derſelben zu verlieren ſcheine. Nicht minder dürfte die legislatoriſche Behandlung des Todtſchlags ſeit der Karolina bis in die neueſten Strafgeſetzbücher herab darauf hinführen, daß dem natürlichen Gefühle und geſetzgeberiſchen Takte allerdings der Begriff der indirekten Abſicht vorgeſchwebt habe, da ihnen, wie Luden ganz richtig bemerkt, die freilich vielfach kurſirende Vorſtellung, daß der dolus Grade habe, als eine widerſinnige nicht untergeſchoben werden kann. Ihre Behandlung des Todtſchlags zeigt, daß ſie das Bewußtſein davon haben, daß hier der dolus innigſt mit einem kulpoſen Element verſetzt iſt, das nicht anatomiſch von ihm abgelöst werden kann, wie bei der culpa dolo determinata, ſondern ihm innerlichſt inhärirt und ihn eben darum zu einem von der direkten Abſicht beſtimmt unterſchiedenen Schuldgrade macht. Wenn Jemand in der Abſicht, zu ſtehlen, mit Licht einſteigt und dadurch eine Feuersbrunſt verſchuldet, ſo treffen allerdings dolus und culpa äuſſerlich zuſammen, und es wäre im Weſen daſſelbe, wenn der Diebſtahl heute, die Brandſtiftung morgen ſtattfände. Wer dagegen im Affekte tödtet, einen Andern am Körper verletzt u. dgl., bei dem konkurriren nicht zweierlei Arten von Verſchuldung; ſeine Schuld iſt nur Eine, und das Charakteriſtiſche derſelben beſteht darin, daß dolus und culpa hier innerlich Eins ſind, daß die ganze Handlung ebenſowohl durch das eine, als durch das andere Moment beſtimmt iſt. Von einem Vorſatze kann hier nicht die Rede ſeyn, da dieſer die Prämeditation, die Berathſchlagung nothwendig vorausſetzt. Gleichwohl kann auch nicht bloße culpa angenommen werden, da die Handlung im Affekte immer eine poſitiv gewollte bleibt. Sie iſt aber keine direkt gewollte, der Menſch handelt dabei nicht als Denkender, Allge-

Digitized by Google

meiner, ſondern als ſinnlich Einzelner, von ſeinem Affekte Hingeriſſener. Eben dies aber, daß er ſich von dem Affekte hinreiſſen läßt, bildet das kulpoſe Moment an ſeiner Verſchuldung, die gleichwohl in ihrer Wurzel dolos iſt. Da nun hier ſtets, zwar nicht ein Vorſatz, wohl aber eine Abſicht ausgeführt, dieſe jedoch nicht als entwickelter Inhalt des Bewußtſeins, als direkter Gegenſtand des Willens, ſondern als Gebot des dämoniſch wirkenden Affekts vollbracht wird, dem man ſich eben nicht hätte überlaſſen ſollen, ſo iſt es ganz paſſend, hier von einer indirekten Abſicht zu reden [1]). Stellt man, wie das gewöhnlich geſchieht, den impetus und den vorbedachten dolus als Arten Einer Gattung zuſammen, ſo verkennt man wenigſtens theoretiſch die Natur der Sache, die man doch in der gelinderen Beſtrafung des erſteren anerkennt. Aber auch praktiſch veranlaßt man Verirrungen, da man den Inquirenten die Unmöglichkeit zumuthet, aus dem Todtſchläger einen Vorſatz heraus zu inquiriren, den er niemals zugeben kann, wenn er nicht ſich ſelbſt das größte Unrecht thun will [2]). Die Erfahrung lehrt hinlänglich, welche Künſte es braucht, um derlei Angeſchuldigten einen ordentlichen direkten dolus occidendi abzuverhören, während die Vertheidiger denſelben Reat unter den Begriff der culpa dolo determinata zu bringen, nicht geringerer Subtilitäten bedürfen. Daher haben auch in Ständeverſammlungen ſolche Mitglieder, die gerade durch praktiſchen Takt ſich auszeichneten, bei Gelegenheit des Todtſchlags hin und wieder die Meinung geäuſſert, daß dieſer Begriff zwiſchen dem dolus eventualis und der culpa dolo

1.) Vergl. auch Wirth I. S. 134.

2) ſ. auch Bauer Vergleichung des urſpr. Hannöv. Entwurfes S. 129. 130. Mittermaier N. Arch. X. S. 542. Roßhirt N. Arch. VIII. S. 376—379.

Digitized by Google

determinata hin und her ſchwanke und durch keines von beiden genügend bezeichnet werde, worin die ganz richtige Forderung Deſſen liegt, was hier durch den Begriff der indirekten Abſicht ausgedrückt werden ſoll. — Beſſer, als dem impetus, geht es gewöhnlich der luxuria [1]), ſofern man immer häufiger findet, daß dieſer Schuldgrad wenigſtens beſonders herausgehoben und eigenthümlich gewürdigt wird, ſo z. B. ganz beſonders entſchieden und weſentlich mit der hier vorgetragenen Anſicht übereinſtimmend, von Roßhirt Geſch. und Syſtem II. S. 212—214. Hefftter §. 67 [2]). Auch Berner ſtreift hier ganz an den entſcheidenden Punkt, wenn er, von der Unbrauchbarkeit bloß quantitativer Eintheilungen der culpa ausgehend, auf die Unterſcheidung derſelben in Frevelhaftigkeit (luxuria) und Unvorſichtigkeit als die einzig mögliche qualitative kommt. — Er hat mit der Behauptung dieſes Unterſchieds als eines qualitativen ſo ſehr Recht, daß man ſich nur wundern muß, wie er und Hefftter dieſe Unterſcheidung überhaupt noch innerhalb der culpa ſtehen laſſen mögen, während ſie doch die luxuria als ein Mittelding zwiſchen dolus und culpa ſchildern. Berner ſagt, eine culpa mit dem Bewußtſein der Möglichkeit des verbrecheriſchen Erfolgs ſei allerdings denkbar. Wer etwa mit einem unbeſchirmten Lichte in ein Pulvermagazin gehe, wer aufs geradewohl ein Gewehr an einem nicht ganz unbelebten Orte abſchieße, wohlwiſſend, welche entſetzlichen Folgen ſich an ſolche Handlungen anknüpfen können, der brauche darum dieſe Folgen noch keineswegs dolos herbeigeführt zu haben. Ganz richtig. Da-

1) ſ. ſchon v. Almendingen Bibl. f. peinl. Rechtsw. II. 2. S. 16—18. 46. 63. dagegen aber Derſted Grundregeln S. 238.

2) Vergl. Weber N. Arch. VII. S. 571—573.

Digitized by Google

rin liegt der Unterſchied der luxuria vom dolus eventualis. Wenn übrigens hier B. ſagt, dieſer Unterſchied liege darin, daß der dolus das Bewußtſein von der Nothwendigkeit, dagegen die luxuria nur das Bewußtſein von der Möglichkeit des verbrecheriſchen Erfolgs involvire, ſo vergißt er ganz ſeine eigene richtige Definition des dolus eventualis. Vielmehr iſt bei der luxuria, wie beim eventuellen dolus, nur das Bewußtſein der Möglichkeit, Wahrſcheinlichkeit vorhanden; der Unterſchied iſt aber, daß beim eventuellen dolus eben dieſes als möglich oder wahrſcheinlich Gewußte direkt gewollt wird, bei der luxuria dagegen nicht. Gleichwohl aber iſt die luxuria auch nicht mehr reine culpa. Sie hat, obwohl das kulpoſe Element in ihr überwiegt, doch auch ein doloſes an ſich, welches eben darin liegt, daß der Menſch trotz ſeiner Einſicht in die verbrecheriſche Natur ſeiner Handlung frevelhaft, ruchlos drauf loshandelt. Sowenig hier geſagt werden kann, der Erfolg habe direkt im Willen gelegen, ſo gewiß muß doch behauptet werden, er habe indirekt darin gelegen, wovon bei der wahren reinen culpa, der Unvorſichtigkeit niemals die Rede ſeyn kann [1]). Sehr treffend ſagt Hefftter: die Schuld liegt hier in dem Mangel an rechtlichem Willen, dasjenige gehörig zu bedenken und zu meiden, was für die Rechte Andrer Nachtheiliges entſpringen kann; ſie iſt das Produkt der höchſten Einſeitigkeit, Rückſichtsloſigkeit oder Rohheit des Willens, oder des höchſten Leichtſinns, der Frivolität, und grenzt zunächſt an dolus. Roßhirt geht ſogar, was allerdings

1) Auch Wirth a. a. O. I. S. 133, obgleich er die luxuria noch zum Verſehen rechnet, erkennt dies an, indem er ſagt, daß, ſobald das wahre Wiſſen ſchon aktuell zu werden anfange, bereits die That durch die ganze Subjektivität, Wiſſen und Wollen, gedeckt (d. h. dolos) zu werden anfange.

Uebertreibung ist, zu der Behauptung fort, daß die luxuria an innerer Bösheit und Strafbarkeit den impetus überwiege. Immerhin liegt aber hierin das richtige Gefühl, daß dieser Schuldgrad nicht reine culpa sei, sondern zugleich ein doloses Element in sich schließe. Man würde dies offener anerkennen, wenn man sich nicht seit Feuerbach daran gewöhnt hätte, dolus und propositum zu identificiren. Direkte Absicht, Vorsatz fehlt freilich bei der luxuria ebensowohl, als dies auch beim impetus fehlt. Aber Absichtlichkeit findet gleichwohl bei beiden statt. Diese ist nur dann ausgeschlossen, wenn das Bewußtsein von der verbrecherischen Natur der Handlung ganz fehlt, wie dies bei der reinen culpa, der Unvorsichtigkeit, der Fall ist. Nur hier kann von einem bloßen Versehen, von einer unabsichilichen Rechtsverletzung gesprochen werden, die zwar immerhin noch mittelbar dem Willen zur Schuld fällt, weil dieser jenes Bewußtsein hätte haben können und sollen, aber auch eben nur mittelbar, nur als Versehen. Dagegen, so oft der Handelnde sich die verbrecherische Natur seiner Handlung wirklich vorgestellt hatte und gleichwohl in ruchlosem Leichtsinne drauf los handelte, da hat er sich nicht mehr bloß unabsichtlich versehen; solche Rohheit und Frivolität kann sich von dem Vorwurf wenigstens indirekter Billigung der Folgen, d. h. indirekter Absichtlichkeit nicht losmachen. — Wenn auf der Stufe des Vorsatzes das Subjekt das Recht des Wissens geltend machen darf, so darf es allerdings auch auf dieser höheren Stufe das Recht der Absicht geltend machen, aber ebensowenig absolut, als dort, vielmehr in weit geringerem Umfange. Dort nämlich handelte es sich um das Verhalten des Subjekts zu den ihm seiner innersten Natur nach fremden objektiven Umständen, die es nur durch Wahrnehmung zu Momenten seines Bewußt-

Digitized by Google

seins machen kann. War nun diese Wahrnehmung eine beschränkte, so bestand die Schuld nur in einem, zwar nicht verzeihlichen, aber doch auch nicht dem Begriffe des Menschen als denkenden Wesens geradezu widersprechenden Irrthum. Ganz anders hier, wo es sich nicht mehr um einen bloßen Irrthum, einen Mangel des Bewußtseins in Beziehung auf die dem Subjekt ursprünglich fremden äusseren Objekte, sondern um einen Widerspruch gegen den Begriff des subjektiven Geistes selbst, als eines wesentlich denkenden, allgemeinen handelt. Die Forderung, daß der Mensch in den besonderen Seiten seiner Handlung deren allgemeine Natur, ihre begriffsmäßige Qualität erkenne, geht aus dem Begriffe des menschlichen Geistes selbst hervor. Sobald daher der Handelnde überhaupt zurechnungsfähig ist, so kann er die hierin liegende obligatio ad diligentiam nicht von sich abweisen; hat er als sinnlich Einzelner, im Affekte oder im Leichtsinne gehandelt, so ist ihm zwar keine direkte, wohl aber eine indirekte Absicht zuzurechnen, weil er keineswegs bloß aus Versehen einen nicht gewollten, sondern — im ersten Fall einen gewollten, wenn gleich nicht deutlich gewußten, im zweiten Fall einen gewußten, wenn gleich nicht direkt gewollten Erfolg hervorgebracht hat. (Vergl. noch J. d'Anethan de meditato delicto besonders S. 16. 20. und Roßhirt im N. Arch. VIII. S. 381—395.

§. 112.

Von den Fällen der indirekten Absicht ist daher wohl zu unterscheiden der Fall einer bloß äusserlichen Konkurrenz von dolus und culpa (culpa dolo determinata), welcher ebenso angesehen werden muß, als ob die dolose und die kulpose Handlung zu verschiedenen Zeiten verübt worden wäre, daher keineswegs, wie dies mit der indirekten Absicht der Fall ist, einen besonderen Schuldgrad begründet.

Digitized by

Anm. — Hierher gehören nun die bei Hefftер §. 70. unter 3—5 angef. Aberrationsfälle, z. B. wenn der Dieb durch Unvorsichtigkeit mit dem Lichte zugleich eine Feuersbrunst erregt, wenn durch Nothzucht an einer Schwangern zugleich ein Abortus verursacht, durch einen auf Wilddieberei Ausgegangenen ein versteckt liegender, von ihm für ein Wild gehaltener Mensch getödtet wird u. s. f. vergl. Wächter §. 81. Luden §. 39 (der mit Recht die beschränkte Fassung des Württembergischen und des Hannövrischen Gesetzbuchs tadelt, sofern allerdings der fahrläßig hervorgebrachte Erfolg nicht nur ein größerer, sondern auch ein geringerer seyn kann, als der beabsichtigte). — Es ist jedoch, wie schon bemerkt, ein Irrthum, wenn die gewöhnliche Doktrin mit diesem Begriff der culpa dolo determinata die Lücke auszufüllen glaubt, welche durch das Herausfallen des dolus indirectus entsteht. Wenn Berner S. 257. 258 meint, man würde nicht auf den Begriff des dolus indirectus gekommen seyn, wenn man den Begriff der Frevelhaftigkeit richtig erfaßt hätte, so liegt hierin etwas sehr Wahres. Im Begriff der indirekten Absicht liegt eben das Handeln im Affekt und das Handeln in frevelhaftem Leichtsinn. Es ist aber gerade verkehrt, wenn die Frevelhaftigkeit, als bloße culpa, neben die Unvorsichtigkeit gestellt wird. Dasselbe richtige Gefühl findet sich bei Hefftер §. 70 unter nr. 6. vergl. Anm. 7. und bei Luden Handb. §. 39 ausgesprochen. Insbesondere sagt letzter treffend, daß man Konkurrenz von dolus und culpa nur dann annehmen dürfe, wenn die verschiedenen Erfolge neben einander bestehen können, daß dagegen der Begriff der culpa dolo determinata ausgeschlossen bleiben müsse, wo das Gegentheil stattfinde, indem hier überall nur Eine, entweder dolose oder kulpose, Handlung angenommen

Digitized by Google

werden könne [1]). Wenn hier in Ludens Sinn und nach Heffters ausdrücklicher Erklärung vorzüglich von dem Begriff der luxuria Anwendung gemacht werden ſoll (namentlich dann, wenn Jemand gefährliche Handlungen unternimmt, deren Folgen ſich nie mit Sicherheit berechnen laſſen), ſo liegt hierin das richtige Bewußtſein, daß der Begriff der culpa dolo determ. keineswegs Alles das leiſte, was man anfänglich von ihm erwartet hatte, daß er insbeſondere den alten dolus indirectus keineswegs erſetze, insbeſondere da nicht, wo die Handlung in ſich Eins iſt und kein mechaniſches Nebeneinander von dolus und culpa angenommen werden kann. Wenn nun in die richtig empfundene Lücke der in dieſem Sinne neue Begriff der luxuria eingeſchoben, zugleich die gegenüber der Prämeditation viel geringere Strafbarkeit des impetus anerkannt wird, ſo iſt für den praktiſchen Gebrauch im Weſentlichen daſſelbe erreicht, was hier theoretiſch konſtruirt wird; d. h. es ſtellen ſich vier eigenthümliche Schuldſtufen heraus: prämeditirter dolus (direkte Abſicht), impetus, luxuria, einfache culpa. Allein iſt es nicht inkonſequent, die Kluft zwiſchen Prämeditation und impetus, ſowie zwiſchen luxuria und culpa theoretiſch wieder dadurch zu verwiſchen, daß man den erſten Gegenſatz unter das genus des dolus, den zweiten unter das der culpa zwängt, während in unſrer Darſtellung die Stufenfolge weit natürlicher ſich darſtellt? Die Sache hat aber auch ihre praktiſche Seite. Zwar vom impetus iſt es, trotz der irrigen Theorie, allmälig zum allgemeinen Bewußtſein gekommen, daß er in praktiſcher Beziehung einen eigenen Schuldgrad — tief unter dem prämeditir-

1) ſ. auch Wächter I. §. 81. n. 61. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 60. Marezoll S. 74. n. 2.

ten dolus bilde [1]). Dagegen ist die luxuria in ihrer Eigenthümlichkeit noch keineswegs gehörig gewürdigt, was auch Hefftter zugeben wird, da er sie zunächst an den dolus grenzen läßt. Sie erscheint noch in den neuen Gesetzgebungen als bloße Unterart der culpa überhaupt, und wird als solche viel zu mild behandelt, da sie vielmehr in der Strafbarkeit dem impetus ganz zunächst gerückt seyn sollte — ein Nachtheil, der bloß dem herrschenden theoretischen Irrthume zuzurechnen ist. Würde aber die wahre Natur der indirekten Absicht in ihren beiden Formen, impetus und luxuria, gehörig eingesehen, so würden auch mehrere bestimmten Verbrechen, deren Begriffe sich vorzugsweise auf diesem Gebiete bewegen, und von denen hier nur beispielsweise das Duell und die Aussetzung erwähnt seyn sollen, weit richtiger behandelt werden, als es gewöhnlich in den Lehrbüchern geschieht (in den neuen Gesetzbüchern hat hier häufig ein richtiger praktischer Takt die doktrinären Schranken durchbrochen und den irrigen Dogmen der vorausgesetzten Schuldlehre zum Trotz die begriffsmäßige Entscheidung herbeigeführt, wie dies z. B. an dem Württembergischen Strafgesetzbuch bei verschiedenen interessanten Punkten klar aufgezeigt werden kann).

Anm. 2) — Am Schlusse der vorstehenden Entwicklung der Schuldlehre dürfte es am Platze seyn, noch besonders zu erinnern, daß die gegenwärtig größten-

1) Vergl. Hefftter §. 97. Marezoll §. 42. l. 11. §. 2. D. de poenis. Dazu Elvers Prakt. Arbeiten. S. 236. Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 173 ff. Roßhirt Gesch. u. Syst. II. S. 208 ff. Ueber franz. und engl. Recht s. die Literatur bei Mittermaier not. 1. zu Feuerbach §. 215. Bair. GB. Art. 151. Sächs. GB. Art. 123. Württ. GB. Art. 245. Bad. Entw. Art. 187.

Digitized by Google

theils noch herrschende Ansicht über dolus und culpa überall erst von dem Einflusse der kritischen Philosophie auf die Bearbeitung des Strafrechts datirt, während die früher herrschende Doktrin von den Einseitigkeiten dieser Ansicht nichts wußte. Vor dem gedachten Zeitpunkte nämlich findet man freilich überhaupt keine tiefer eingehenden Untersuchungen über die Natur dieser Begriffe, an deren Stelle man sich theils mit den Aussprüchen des positiven Rechts, theils mit den Forderungen des gesunden Menschenverstandes, wie sie das praktische Bedürfniß mit sich brachte, begnügte. Denn, wenn auch gleich die erste (dogmatische) Periode der modernen Deutschen Rechtsphilosophie neben andern Disciplinen auch dem Strafrechte seine Theorieen zukommen ließ, so ist doch der im Wesentlichen unschuldige Charakter jener Theorieen hinlänglich bekannt, um zum Voraus vermuthen zu lassen, daß sie das Centrum der strafrechtlichen Begriffe so wenig als möglich berührt haben werden. Je weniger es in ihrer Absicht lag, Recht und Staat überhaupt und so auch das Strafrecht spekulativ zu konstruiren, je mehr sie sich vielmehr damit begnügten, für das als gegeben Angenommene verständige Erklärungsversuche vorzubringen und im Einzelnen auf Verbesserungen hinzuführen, desto weniger konnte es ihnen auch darum zu thun seyn, die philosophische Kritik auch auf solche Punkte auszudehnen, welche, wie die Schuldlehre, ihnen von dem positiven Rechte genügend behandelt und mit jeder Begründungsweise des Strafrechts im Ganzen vereinbar erscheinen mochten [1]). So sehen wir denn, daß

1) Dabei war es freilich ungeschickt, wenn man den dolus als animus nocendi definirte, u. dgl. s. jedoch auch Cicero pro Tullio c. 25. bei Birnbaum N. Arch. 1837. S. 280. und den Code pénal v. J. 1791. ebend. S. 301. und Birnbaum selbst S. 493 ff.

Digitized by Google

man ſich damit begnügte, das doloſe Verbrechen als vorſätzliches oder abſichtliches Verbrechen zu definiren, womit dann eben nur der Gegenſatz zum Unvorſätzlichen, Unabſichtlichen, zum Zufall oder Verſehen, ausgedrückt werden ſollte. Darüber, daß im dolus ebenſowohl die indirekte, als die direkte Form enthalten ſei, hatte man keinen Zweifel, wie denn der Kampf gegen den dolus indirectus erſt von dem Standpunkte der kritiſchen Philoſophie aus begonnen wurde [1]). — Wenn nun hier dieſer Kampf als ein theilweiſe unberechtigter und in ſeinem Reſultate ſchädlicher bezeichnet wird, ſo ſoll damit keineswegs geläugnet werden, daß er nicht relativ auch ſeine ſehr gute Berechtigung gehabt habe. Nicht nur inſofern, als man den ſcharfen, oft derben Erörterungen jener lebensfriſchen kritiſchen Schule überhaupt erſt ein lebendiges Bewußtſein der Wiſſenſchaft über die Wichtigkeit der Schuldfrage, und eine wahrhaft wiſſenſchaftliche Behandlung derſelben verdankt, ſondern auch gegenüber der vorher herrſchenden Doktrin inſofern, als die kritiſche Schule ihren naturrechtlichen Vorgängern erſt aufwies, was in den von dieſen ſelbſt früher angeregten Principien liege und wie dieſe ausgebeutet werden müſſen. Denn auch vor der Erſcheinung der kritiſchen Philoſophie hatten ja viele ihrer Hauptgrundſätze über Recht und Staat bereits in den dogmatiſchen Naturrechtslehren kurſirt; auch dieſe hatten den Staat als eine durch Vertrag producirte Rechtsſicherheits- oder Glückſeligkeits-Anſtalt geſchildert und demgemäß das Strafrecht auf ver-

1) Chriſtiani Kiel. Magazin I. 3. II. 3. Püttmann D. de distinct. 1. animum occ. dir. et indirectum. Eckhard Pr. de dolo indir. Semas Betracht. über den ſ. g. dol. indir., beſonders aber Feuerbach Bibl. II. 1. nr. 5. §. 13. 14.

ſchiedene Zwecke gegründet. Allein wie jene Theorieen im Gebiete des Staatsrechts mit den inhaltſchwerſten Gedanken, wie ſie nachher in der franzöſiſchen Revolution zum Vorſchein kamen, nur ein harmloſes Spiel trieben, in eben ſolcher wiſſenſchaftlichen Impotenz und ſchulmäßiger Selbſtgenügſamkeit werden auch die Fragen des Strafrechts verhandelt, dergeſtalt, daß man ſich wenig darum kümmerte, den Gedanken einer Zweckbegründung des Strafrechts auch folgerecht durchzuführen, da man ja ſogar häufig keinen Anſtand nahm, neben einer ſolchen relativen Begründung auch eine abſolute (wenn auch nur in moraliſcher oder privatrechtlicher Wendung) mit in den Kauf zu geben. Sicherlich war es daher kein geringes Verdienſt der kritiſchen Philoſophie, wenn ſie in dieſes unreife naturrechtliche Raiſonnement theilweiſe mit Fäuſten drein ſchlug und vor Allem Konſequenz der ſyſtematiſchen Konſtruktion verlangte. Dies kann man jedoch vollkommen zugeben, und gleichwohl die Anſicht haben, daß die Schuldlehre ihrem Inhalte nach von der älteren Doktrin in vielen Stücken richtiger aufgefaßt worden ſei, und zwar eben deshalb, weil ſich dieſe hier von keinen theoretiſchen Vorausſetzungen beſtimmen, ſondern hauptſächlich durch das praktiſche Bedürfniß leiten ließ. —

Den Knotenpunkt in der ganzen Lehre bildet eben der dolus indirectus, an deſſen Exiſtenz die Doktrin von Karpzov herab [1]) keinerlei Zweifel gehabt hatte. Allerdings iſt nun zuzugeben, daß unter dem dolus indirectus die ältere Doktrin Manches zuſammenfaßte, was jetzt, nachdem die Begriffe ſich genauer und ſchärfer ent-

1) Carpzov Pract. crim. qu. 1. nr. 31. ff. Leyser Med. ad Pand. sp. 601. 603. Böhmer ad Carpz. qu. 1. obs. 2. Klein Peinl. Recht. §. 123.

Digitized by Google

wickelt haben, unbedenklich davon getrennt werden kann und muß. Immerhin aber war doch auch das Richtige darunter enthalten, und der Begriff an und für sich füllte für das praktische Bedürfniß eine wesentliche Lücke aus. — Man hat sich heutzutage, nach Feuerbachs Vorbild [1]), ganz daran gewöhnt, zu meinen, der alte dolus indirectus, soweit man darunter nicht etwa einen indirekt bewiesenen dolus directus verstanden habe, sei ein juristisches Unding gewesen, und mit Recht sei nun an seine Stelle die Feuerbachische culpa dolo determinata getreten. Etwas billiger gegen die alte Doktrin ist neuerdings Luden Hdbuch. §. 36. Anm. II. verfahren, und, wie dieser, so haben jetzt auch andre (s. o.) das Bedürfniß gefühlt, an die Stelle der verunglückten culpa dolo determinata wieder andre Begriffe einzuführen, die wesentlich ganz auf den hier aufgestellten Begriff der indirekten Absicht hinauslaufen. — Nun ist gewiß nicht zu läugnen, daß unter dem alten dolus indirectus allerdings auch die Fälle des nur indirekt bewiesenen dolus directus, insbesondere, wo er als dolus eventualis oder indeterminatus erscheint, mitverstanden wurden, und insoweit ist Feuerbachs Scharfsinn durchaus anzuerkennen, wenn er dies eingesehen und auf die Aufstellung einer besondern Form des dolus indirectus als dolus indeterminatus oder eventualis gedrungen hat. Allein ein Irrthum war es, wenn man damit den ganzen dolus indirectus beseitigt zu haben glaubte. Schon Carpzov trifft im Ganzen die Sache richtig, wenn er sagt: Fertur voluntas quandoque directe et per se, quandoque indirecte et per accidens. Directe fertur

1) Indessen stellt es der scharfsinnige Denker selbst §. 60. n. b. seines Lehrbuchs als zweifelhaft hin, ob die Gesetzgebung Grund haben könne, die c. dol. det. geringer, als den dol. indeterm. zu strafen?

Digitized by Google

voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi, et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens, homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas, nec directe, nec indirecte (offenbar der ganz treffend angegebene Unterſchied zwiſchen Abſicht und Verſehen). Unde sequitur, duplicem esse voluntatem committendi homicidii: directam et indirectam. Illam habet, qui occidendi animo aliquem aggreditur, hanc vero, qui vulnus infligit, ex quo immediate sequitur homicidium. Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Pract. nov. P. I. qu. 1. nr. 31. 32. Hier liegt das richtige Bewußtſein zu Grunde, daß man beim Eintritt einer nothwendigen Folge einer Handlung die Schuld der Abſicht nie von ſich abwälzen könne, wenn man auch die Folge keineswegs direkt ſich vorgeſetzt habe. Mag C. hier immerhin auch an die Fälle gedacht haben, wo ein Angeſchuldigter fälſchlich einen beſchränkteren Vorſatz vorſpiegelt, während ihm ex re ein weitergehender direkter Vorſatz nachgewieſen werden kann, ſo hat er doch ohne Zweifel auch die Fälle des impetus und der luxuria in Gedanken gehabt; ja nach ſeinen Worten hat man anzunehmen, daß ihm dieſe vorzugsweiſe vorgeſchwebt haben, denn ſie ſind es gerade, bei welchen der animus occidendi fehlt, gleichwohl aber voluntas fertur in id, ex quo immediate et per se homicidium sequetur. Der Unterſchied der nothwendigen und der bloß mittelbaren Folge, der die Grenze zwiſchen dolus und culpa ausmacht, iſt bei C. ſehr treffend feſtgehalten, und ebendeswegen müſſen impetus und luxuria, bei denen es ſich ſtets nur von einer nothwendigen, nie von einer bloß

Digitized by Google

mittelbaren Folge handelt, unter seinen dolus indirectus fallen. — Dagegen paßt nun umgekehrt die Schilderung, welche Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 597. med. 17. sp. 601. 603. von dem dolus indirectus giebt, vorzüglich nur auf den indirekt bewiesenen dolus directus, insbesondere in der Form des eventuellen dolus. In der berühmten Nettelbladt-Glänzer'schen Dissertation ist die Argumentation eine ähnliche; allein hier wird doch mit größerer Entschiedenheit auf den Fall der luxuria hingedeutet, während der des impetus mit sichtbarer Unsicherheit behandelt ist. Treffend ist auch hier gleich im Anfang der Unterschied zwischen dolus und culpa angegeben, indem zum Versehen überall nur die unvorhergesehenen, bloß mittelbaren Folgen gerechnet werden. Sofort heißt es beim dolus: Si agens scit, ex sua actione praeter id, quod intendit, eadem facilitate aliud quid sequi posse, quoad hoc, si sequitur, in dolo est. Agens enim, si scit, quod ex sua actione aliud quid, quam id, quod directe intendit, aeque facile sequi possit, quoad hoc, quod praeter id, quod per se vult, sequitur, non est in ignorantia, sed eo sciente producitur. Ergo quoad id, quod sequitur, sciens agit. Cumque se determinet ad edendam actionem, ex qua aliud quid, quam quod per se vult, sequi potest, velle etiam id, quod sequi potest, praeter id, quod per se vult, necesse est, et quidem vero, quamvis indirecte, cum, nisi velit, quod indirecte vult, ad talem actionem se determinare non posset, hinc et volens quo ad id, quod sequitur, agit. Ergo est in dolo. Hierin liegt nicht, wie Michelet meint, der eventuelle dolus, sondern offenbar die luxuria beschrieben, was Berner richtig fühlt. Weiterhin findet sich dann auch der Fall des impetus erledigt, indem (§. 22) die Erfordernisse des Todtschlags

Digitized by Google

aus indirekter Absicht angegeben werden, und hiebei allerdings zunächst eine Schilderung des dolus eventualis gegeben, hinterher aber wieder gesagt wird, der Handelnde brauche nicht das Bewußtsein gehabt zu haben, daß aus seinem Thun ebensoleicht der Tod, als eine bloße Verwundung folgen könne; habe er nämlich nur überhaupt die Absicht zu schaden gehabt, und sei aus seinem Thun der Tod als unmittelbare Folge (per se) hervorgegangen, so müsse der Thäter wegen dolus indirectus haften, wenn er gleich jenes Bewußtsein nicht gehabt zu haben vorgebe, sobald nur nach gesundem Menschenverstande klar sei, daß aus seiner Handlung Todtschlag habe entstehen müssen. Ergänzend tritt hier die Ausführung von Meister (N. Arch. I. S. 106 ff.) ein, welcher als Requisite des dolus indirectus folgende anführt: a) die Handlung müsse mehrere voraussehbare Erfolge haben, b) sie müsse unter allen möglichen Erfolgen Verbrechen bleiben, c) unter den mehreren möglichen und voraussehbaren Erfolgen könne die Handlung, je nachdem der schlimmste eintrete, das höchste Verbrechen in der gegebenen Art (z. B. Tödtung) werden, oder ein geringeres (z. B. Verwundung), d) die als möglich voraussehbaren Erfolge können sämmtlich mit gleicher Leichtigkeit eintreten. In solchem Fall nun, sagt Meister, sei eventuale Ergebung sonnenklar, d. h. diejenige Gemüthsstimmung, in welcher man die sträfliche Handlung verwirkliche, auch auf denjenigen Fall, wo der schlimmste Erfolg sich ereignen möchte, bloß um seiner leidenschaftlichen Absicht zu genügen. (Man wollte den schlimmsten Erfolg nicht an sich, aber man wollte doch die leidenschaftliche Absicht geltend machen, wenn auch auf Kosten des schlimmsten Erfolgs). Da nun Meister zu allem dolus deutliches Bewußtsein der Folgen fordert, so läuft

freilich ſein dolus indirectus auf den dolus directus indeterminatus oder eventualis hinaus. Gleichwohl liegt gerade in ſeiner Beſchreibung des dolus indirectus, bei welcher er das deutliche Bewußtſein der Folgen hinwegläßt, ganz das Weſen des unter der Form des impetus auftretenden dolus indirectus. — Auch Klein, der bereits zu den Bekämpfern des dolus indirectus gehört, erkennt doch noch an, daß die Theorie von dieſem dolus gerade im Falle eines Todtſchlags meiſtentheils mit Nutzen gebraucht werden könne (Annalen IV. S. 78); wobei er denn auch die für den Fall des impetus ſehr praktiſche Bemerkung beifügt: „Was der Verbrecher hinterdrein von ſeiner Abſicht ſagt, iſt ſelten richtig. Wird in ihn gedrungen, etwas zu ſagen, was er vielleicht ſelbſt nicht weiß, ſo macht er ſich ein Syſtem, wie es ihm unter den gegebenen Umſtänden am wahrſcheinlichſten und für ihn am zuträglichſten ſcheint.“ Wenn gleich nun aber in der früheren Doktrin die richtige Beurtheilung der Fälle der indirekten Abſicht allerdings mitliegt, ſo darf doch nicht verkannt werden, daß es derſelben an der Schärfe der Begriffe durchaus fehlte, woher es denn eben kam, daß ſie neben den wirklichen Fällen zur indirekten Abſicht auch mehreres Andere rechnete, was nicht dahin gehört, insbeſondere ſolche Fälle, welche offenbar nur Konkurrenz von dolus und culpa enthalten, und ſolche, wo ein wahrer direkter dolus eventualis nur ex re bewieſen wird. (vergl. Klein Annal. III. 1 ff. IV. 66 ff. IX. 334 ff. XII. 159 ff.). Eben dieſe Unbeſtimmtheit der Begriffe iſt auch in einigen auf die ältere Doktrin gegründeten Geſetzgebungen erſichtlich, ſo im Preuß. Allg. Landrecht [1]) (vergl. das Preuß. Edikt über Kindsmord von

1) Art. 866. 1056. 1514 ꝛc.

1765), wo wahre Fälle des dolus indirectus mit dem bloßen indirekten Beweiſe der direkten Abſicht zuſammengeworfen, auch Fälle bloßer culpa dolo determinata auf dieſelbe Weiſe behandelt werden. ſ. auch das Oeſtr. und Bair. Strafgb. Art. 1. [1]) — Hiedurch war die Kritik hinlänglich gerechtfertigt, wenn ſie einem ſo monſtröſen Begriffe ſcharf zu Leibe gieng. Indeſſen läßt ſich zeigen, daß gerade durch dieſes kritiſche Geſchäft, obgleich ſein Reſultat die unbedingte Verwerfung alles dolus indirectus war, doch gerade erſt die richtige Anſicht über die Sache vorbereitet wurde. Denn eben, indem man ſich bemühte, die verſchiedenen Modifikationen des Schuldbegriffs zu ſondern, mußte man nothwendig auf die richtigen Unterſchiede kommen, die in den früheren Vorſtellungen ungeſondert durcheinanderlagen, wobei man denn wohl darüber hinwegſehen kann, daß man, unter der Herrſchaft einer Philoſophie, die über die abſtrakte Differenz von dolus und culpa nicht hinauskommen konnte, die Fälle der indirekten Abſicht bald zum dolus, bald zur culpa dekretirte. Erſteres geſchah z. B. von Klein [2]), welcher dolus, als poſitivböſen Willen, von culpa, als negativböſem Willen unterſcheidet, und ſofort als Arten des dolus angiebt; a) aus boshaftem Vorſatz unternommene geſetzwidrige Handlungen, d. h. wenn die geſetzwidrige Wirkung der Handlung als nothwendige Folge derſelben deutlich gedacht und gewollt wurde, b) vorſätzlich geſetzwidrige, aber nicht boshafte, d. h. wenn die geſetzwidrige Wirkung als nothwendige Folge der Hand-

1) Art. 1, was freilich Kitka im N. Arch. 1835 S. 242 ff. wegzuinterpretiren ſucht. Vergl. auch Jenull öſtr. Crim. Recht. I. S. 82—87, der die Feuerbachiſche culpa dolo determinata in das Geſetz hinein interpretirt. Vergl. Bair. GB. Art 41. 149.

2) Peinl. Recht. §. 120. ſ. A. Arch. I. S. 96. II. S. 216 ff.

Digitized by

lung nur undeutlich gedacht oder gar nicht gewollt, sondern nur zugelassen wurde, c) gefährliche, wenn die gesetzwidrige Wirkung als mögliche Folge deutlich gedacht wurde, d) aus Muthwillen unternommene, wenn die Handlung, ohne deutliches Bewußtsein der Folgen, doch mit Gleichgiltigkeit gegen Folgen aller Art unternommen wurde. Von diesen Arten ist nun offenbar bloß die erste direkter dolus; die drei andern drücken, freilich etwas unbehilflich das aus, was hier mit indirekter Absicht bezeichnet wird; namentlich ist unter c) ganz strikt der Fall der luxuria enthalten, während d) ebenso in das Gebiet der reinen culpa, wie b) in das des dolus eventualis hinüberschweift. Etwas präciser ist Kleinschrod [1]), der wenigstens den Fall des dolus eventualis richtig herausſondert und den übrigen, in dem alten dolus indirectus zusammengeworfenen Fällen gegenüberstellt. Im Uebrigen meint er, man müsse prämeditirte Handlungen von solchen unterscheiden, deren Entstehungsgrund in einem geschwind gefaßten Entschlusse liege. Bei letzteren könne man dem Handelnden nicht zumuthen, daß er die schlimmen Folgen seiner Handlung sehr leicht habe einsehen können, also in dieselben eingewilligt habe; denn zu einer solchen Einsicht und Ueberlegung fehle ihm die Zeit, hier sei daher bloße Konkurrenz von dolus und culpa vorhanden. Umgekehrt, wenn eine Handlung mit Ueberlegung vorgenommen worden sei, komme es darauf an, ob Folge und Handlung innig verbunden seien, jene aus dieser leicht und gewöhnlich entstehe, oder nicht. Wenn nun die Folge nicht nothwendig und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge aus der Handlung entstehe, also von dem gemeinen Menschenverstande des

1) System. Entw. I. §. 19—23.

Digitized by Google

Handelnden nicht leicht vorauszusehen gewesen sei, so sei die Folge nie zum dolus zuzurechnen; wenn aber ein Ereigniß mit der Handlung so innig verbunden sei, daß es nach dem gemeinen Laufe der Dinge gewöhnlich und fast allezeit sich ergebe, und dieses jeder gesunde Menschenverstand einsehen könne, dann sei dem Unternehmer der überlegten Handlung deren Folge zum dolus zuzurechnen. Endlich könne einer auch vorhergesehen haben, daß seine Handlung diese oder jene Folge haben könne, aber er wolle diese Folge nicht, hoffe vielmehr, daß sie nicht eintreten werde; hier sei die Folge als kulpos zu betrachten. Obgleich nun sein Resultat dahin ausfällt, daß nach Abtrennung des dolus eventualis alle übrigen Fälle des indirekten dolus unter den Begriff der culpa fallen, so liegt in seiner Darstellung doch wenigstens eine ganz richtige Heraushebung der beiden Fälle des impetus und der luxuria. Wenn er übrigens in Beziehung auf die letztere von „aller möglichen Bemühung, den Eintritt der Folge zu verhindern" spricht, so ist dies gewiß nicht sehr praktisch; denn hier ist immer Frevelhaftigkeit vorhanden, wie denn auch Kleinschrod selbst sagt, es handle sich hier um einen sehr hohen Grad von culpa. Daß er beide Fälle zur cupla rechnet, scheint mit seiner Ansicht über den Beweis des dolus zusammenzuhängen, von dem er glaubt, daß er in letzter Instanz nur durch Geständniß geführt werden könne. Da nämlich der Beweis des indirekten dolus vorzugsweise Beweis ex re ist, so konnte ihm Kl. nicht günstig seyn. (Zwar muß er einen solchen Beweis doch wenigstens für seinen dolus eventualis statuiren, kommt aber damit sichtlich in's Gedränge, und weiß sich nur mit der Empfehlung von Zwangsmitteln zu helfen, um doch noch ein Geständniß herauszubringen.) Wie Kleinschrod,

Digitized by

ſo ſuchte auch Grolman [1]) die Erbſchaft des alten dolus indirectus im Gebiete der culpa unterzubringen. Er unterſcheidet folgende vier Fälle: a) der Handelnde ſieht voraus, daß, um ſeinen Zweck zu realiſiren, die Handlung nebſt Folgen nothwendig bewirkt werden müſſe; b) der Handelnde hält den Erfolg nicht für nothwendig, ſieht aber doch voraus, daß das Streben nach Realiſirung ſeines Zwecks denſelben bewirken könne; c) er hätte vorausſehen können und ſollen, daß, um ſeinen Zweck zu realiſiren, der Erfolg bewirkt werden müſſe; d) er hätte vorausſehen können und ſollen, daß infolge der Realiſirung ſeines Zwecks dieſer Erfolg entſtehen könne. Von dieſen Fällen erklärt nun Grolman nur den erſten für dolus, die drei andern aber für culpa. Letzteres deshalb mit Nothwendigkeit, weil er den dolus ganz entſchieden auf den Begriff des Vorſatzes reducirt. Es iſt aber wieder klar, daß nur der Fall d) wirkliche culpa iſt, während unter b) die luxuria, unter c) der impetus ausgedrückt ſind. Während nun die bisher Genannten den dolus indirectus bald rein in dolus, bald rein in culpa aufzulöſen verſuchten, ſo erkannte Feuerbach richtig, daß darin beide Elemente liegen, das doloſe und das kulpoſe, und eben deshalb ſetzt er nun den neuerfundenen Begriff der culpa dolo determinata an die Stelle der indirekten Abſicht.

Da nun die konſequenteſte Entwicklung des relativen Strafprincips, wie ſie für lange Zeit maßgebend wurde, eben bei Feuerbach zu finden iſt, ſo iſt es am Platz, ſeine Schuldlehre etwas ausführlicher zu betrachten. Denn erſt bei ihm finden wir alle Reſte der früheren Dogmatik, wie ſie bei Klein, Kleinſchrod, Stelzer,

1) Bibl. I. 1. nr. 1. I. 3. nr. 2.

Digitized by Google

Stübel u. A., ja selbst bei Grolmann noch hereinspielen, vollständig vertilgt. Die übrigen Kriminalisten jener Zeit, wie sehr sie auch schon vom Geiste der kritischen Philosophie ergriffen seyn mochten, hatten doch das Präventionsprincip noch keineswegs energisch in die Schuldlehre eingeführt. Sie schilderten insbesondre die culpa noch ganz in dem wesentlich richtigen Sinne der älteren Doktrin. Die Wolfische Schule nämlich definirte die culpa als einen defectus rectitudinis actionis, quoad intellectum vincibilis [1]), und dieses Moment des Mangels am Bewußtsein, Irrthums, Fehlers des Verstandes ꝛc. wurde auch noch später von Almendingen, Stelzer, Salchow, Schröter, Werner [2]) besonders herausgehoben. Ergänzend hiezu trat die von Klein gegebene Bestimmung der culpa als des negativbösen Willens ein, welche im Wesentlichen auch bei Kleinschrod und Grolman sich findet. Es war hiemit in der That das Wesen des Versehens richtig beschrieben, daß es nämlich auf einem Mangel an Bewußtsein beruhe, welcher Fehler des Erkennens aber dem Handelnden als negativböser Wille zu imputiren sei. Auch Grolman nämlich führt ausdrücklich das Wesen der culpa auf einen Trugschluß zurück, der aber vermeidlich gewesen sei, und findet daher ihren Charakter in dem Negativbösen. Daß dieß nun aber mit der Konsequenz des Präventionsprinzips nicht zusammenbestehen könne, das wurde von Feuerbach mit Entschiedenheit ausgesprochen; erst bei ihm ist daher die definitive Entscheidung der kritischen Schule über die ganze Oekonomie der Schuldlehre zu suchen [3]).

1) Nettelbladt de homic. ex intent. indir. commipo. §. 4—7.

2) v. Almendingen über das fulpose Verbr. S. 54—85. 239. Stelzer über den Willen. Salchow Lehrb. §. 62. Schröter Lehrb. S. 104. Werner Handb. §. 262. 263.

3) Vergl. noch Renazzi I. B. §. 1. 3. vergl. Filangieri IV.

Digitized by

In der Konsequenz des Präventionsprincips liegt nun daß Jedem, auf den eine Strafe angewendet werden soll, ein positivböser Wille nachgewiesen werden muß[1]), da die Abschreckung durch das Strafgesetz nur allein für einen solchen einen Sinn haben kann. Es liegt also, kurz ausgedrückt, darin die Nothwendigkeit der Zurückführung des gesammten Schuldbegriffs auf den des Vorsatzes und zwar näher des Vorsatzes der Gesetzübertretung. In der That ist denn auch die Behauptung von Michelet ganz gegründet, daß Feuerbach die culpa in dolus verwandelt habe[2]). Denn er fordert zum Begriff der culpa a) das Dasein einer obligatio ad diligentiam, b) das Bewußtsein dieser Verbindlichkeit, c) das Bewußtsein, daß die Handlung dieser Verbindlichkeit zuwiderlaufe, d) den freien Willen des Handelnden. In der Forderung nun, daß das kulpose Benehmen das Bewußtsein seiner Gesetzwidrigkeit und vorsätzliche Unterlassung der Sorgfalt involviren müsse, liegt die Verwandlung der culpa in dolus ganz offen zu Tage. Auch sagt F. unumwunden, aus seiner Ausführung ergebe sich, daß sich in Rücksicht auf die Art der Willensbestimmung an sich die kulpose Uebertretung von der dolosen keineswegs unterscheide; beide setzen Verletzung eines Gesetzes voraus, beide fordern als Bedingung Bewußtsein der Uebertretung, beide haben in einem dem Gesetze widersprechenden Willen ihren Grund; sie unterscheiden sich daher bloß durch die Verschiedenheit der übertretenen Gesetze und durch die Art, wie die Uebertretung des einen Gesetzes zur Existenz komme. Ohne Zweifel liegt etwas sehr Richtiges darin,

---

p. 139. 141. Simeni di delitti I. S. 146. Rossi II. S. 203. Carmignani II. S. 201.

1) s. Feuerbach Bibl. II. S. 193. ff.

2) auch Oersted Grundregeln. S. 251, wo dies als Konsequenz des Standpunkts zugegeben wird.

wenn F. behauptet, daß die culpa nicht bloß als negativ-böser Wille aufgefaßt werden dürfe und daß, wenn sie nicht ein positivböses Element hätte, gar kein Verschulden, weder in moralischer, noch in rechtlicher Hinsicht denkbar wäre. Das Unrichtige liegt nur darin, daß dieses Element in einer vorsätzlichen Gesetzesübertretung gesucht wird, während es vielmehr darin liegt, daß der Handelnde die Bedingung will, welche einen rechtsverletzenden Erfolg als realmögliche Folge involvirt. Jenes ist daher mit Recht auch von Almendingen getadelt worden, der gut nachweist, daß solchergestalt die culpa ganz zum dolus werde. Nur freilich muß Almendingen, der gleichfalls von dem Präventionsprincip ausgeht, den Ruhm der größeren Konsequenz seinem Gegner lassen, welcher von jenem Princip aus zu dieser Einseitigkeit vollkommen berechtigt war. Denn auf diesem Standpunkte müssen nothwendig zwei sonst wohl zu sondernde Begriffe, der der Zurechnung und der Strafbarkeit, allezeit verwechselt und durcheinander gemischt werden. Schuld ist ja hier nicht die Bestimmung des Willens zum an sich Unrechten, sondern nur Bestimmung des Willens zum Strafbaren, durch ein Strafgesetz Verbotenen. Die Bewahrung des Willens vor dem Verbrechen und seiner Schuld wird nicht von der Vernunft, sondern von der abschreckenden Kraft, dem psychologischen Zwang des Gesetzes erwartet. Den Gegenstand der Zurechnung kann daher überall nur die Renitenz gegen das Gesetz bilden, d. h. nur vorsätzliche Gesetzwidrigkeit, da sich ein negativböser Wille in dieser Richtung nicht denken läßt [1]). Hiedurch erhält nun freilich der

1) Den diametralen Gegensatz zu der Auffassung Feuerbachs bildet die von Stelzer (über den Willen), welcher umgekehrt allen

an sich ganz richtige Gedanke Feuerbachs, daß auch in der culpa ein positivböses Element anerkannt werden müsse, eine schneidend einseitige, die Wahrheit übertreibende Fassung, vermöge deren gerade das Charakteristische der culpa, nämlich das Negativböse, völlig in den Hintergrund und die culpa mehr in ein quantitatives, als qualitatives Verhältniß zum dolus tritt (daher denn auch Feuerbach auf den Gedanken kommen konnte, das Verhältniß ihrer verschiedenen Strafbarkeit geradezu in Zahlen auszudrücken). Eben weil er nun das innere Wesen der culpa in dolus aufgelöst hatte, konnte er auch, unbeschadet der Wahrheit, unter den Arten der culpa solche aufführen, die von anderm Standpunkte aus vielmehr zum direkten oder indirekten dolus gerechnet werden müssen, — eine Rechtfertigung, die jedoch keineswegs für die auf ihm fußenden Theorien und Gesetzbücher gilt, welche mit seinen Ansichten eklektisch auch andre, und insbesondre auch die richtige Ansicht vom Wesen der culpa verbinden zu können glauben. Betrachtet man nämlich die vier, von F. aufgestellten Arten von culpa, so bemerkt man leicht, daß nur die letzte, die culpa durch Unbedachtsamkeit mit dem richtigen Begriff der culpa Aehnlichkeit hat, während die erste, culpa aus Fahrläßigkeit, einen Fall der indirekten Absicht bildet, die beiden mittleren aber, die denn F. später auch selbst preisgegeben hat, gar nicht in das Gebiet, sondern in das des reinen direkten dolus gehören. Was nämlich eben diese beiden mittleren Arten, die culpa durch Unwissenheit des Gesetzes und die culpa durch Uebereilung betrifft, so ist es, sobald man sich das

---

dolus sich in culpa auflösen läßt, indem er, die allgemeine Vernunft mit der endlichen verwechselnd, alles böse Handeln nur aus einer, durch die Sinnlichkeit verschuldeten, Täuschung der Vernunft mittelst solcher Vorstellungen ableitet. s. besonders S. 118. 163.

Digitized by Google

wahre Weſen des dolus, als der Abſicht, das an ſich Unrechte zu thun, klar macht, ganz natürlich, daß in beiden Fällen, ſobald es ſich eben von eigentlichen Verbrechen, nicht bloß von Polizeiübertretungen handelt, gar nicht von bloßem Verſehen, ſondern lediglich von einem den Begriff des dolus keineswegs ausſchließenden Irrthum die Rede ſeyn kann. Dagegen war es auf Feuerbachs Standpunkt, der alle Verbrechen in die Kategorie der Geſetzesübertretung, d. h. unter den Begriff der Polizeiſtrafgerechtigkeit bringt, durchaus angemeſſen, in beiden Fällen die Möglichkeit eines bloßen Verſehens offen zu laſſen, um ſo mehr, da er andrerſeits wieder durch die aufgeſtellte praesumtio doli beſtmöglichſt dafür geſorgt hatte, den Strafgeſetzen ihre energiſche Wirkſamkeit zu ſichern. — Eben dieſe praesumtio doli nun aber war nur eine einfache Konſequenz deſſelben einſeitigen Princips, vermöge deſſen ſelbſt die culpa den Typus des dolus hatte annehmen müſſen. Während Grolman die Definition des dolus als Vorſatz noch mit einer gewiſſen Naivetät aufſtellte, die um die Folgerungen unbekümmert war, erhielt dieſe Bezeichnung bei Feuerbach [1]) ſogleich einen ganz prägnanten, entſchieden nach der Präventionstheorie berechneten Sinn. Konnte er ſich ſchon die kulpoſe Schuld nicht ohne das Element des propositum denken, ſo mußte vollends die doloſe Schuld bei ihm ganz in dieſem Begriffe aufgehen. Von dem Begriffe der Abſicht konnte bei ihm keine Rede ſeyn, da er alle Zurechnung nur in Beziehung auf den pſychologiſchen Zwang des Strafgeſetzes auffaßte. Unter dolus konnte er daher nichts Anderes verſtehen, als den Vorſatz, ein Strafgeſetz zu übertreten, weßhalb denn das

1) Lehrb. §. 54 u. Mittermaier not. 1. hiezu.

Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit der Handlung, und folgerichtig auch die Kenntniß ihrer Strafbarkeit nach Quantität und Qualität ein nothwendiges Requiſit ſeines dolus ſeyn mußte. Nun konnte aber freilich dem ſcharfen Denker nicht entgehen, was ſchon Kleinſchrod gefühlt und vergebens zu umgehen geſucht hatte, — daß der Vorſatz, als das rein Innerliche, wahrhaft nur durch das Geſtändniß des Handelnden ſelbſt erwieſen werden kann. Und eben die hieraus entſtehende höchſt bedenkliche praktiſche Lücke ſollte nun durch die Präſumtion des böſen Vorſatzes, mithin auch des Bewußtſeins der Geſetzwidrigkeit ausgefüllt werden. — Daß in einem ſolchen Syſtem für den indirekten dolus keine Stelle ſeyn konnte, verſteht ſich von ſelbſt. Die eine Form deſſelben, die Frevelhaftigkeit, hatte Feuerbach unter der culpa untergebracht, und zwar, wie ſchon angeführt, auf eine von der Wahrheit nicht eben ſehr abweichende Weiſe, ſofern die culpa überhaupt bei ihm den Typus des dolus annahm. Für den impetus erfand er die Form des dolus indeterminatus s. eventualis [1]), wie ſich aus dem Beiſpiel ergiebt, das er der Schilderung dieſes dolus zu Grunde legt. Indeſſen ſollte dieſe Form allerdings noch viel mehr, als den Fall des impetus, in ſich befaſſen; mit Recht bemerkt daher auch Berner S. 189, daß in Feuerbachs Erklärung über dieſen Punkt viel Verſchiedenes, ja Widerſprechendes untereinander geworfen ſei. Erinnert man ſich nun überdies, daß er ſelbſt, nach ſeinem Geſtändniß längere Zeit darüber gezweifelt hatte, ob der Fall des Affekts überhaupt unter den Begriff des Vorſatzes gebracht werden könne, da er doch offenbar ein kulpoſes Element enthalte, ſo erſieht man wohl, daß

1) ſ. auch Zachariä über den Verſuch I. §. 30.

eben der Begriff des impetus der Punkt war, der sich in die Konsequenz des F.'schen Systems nicht auflösen lassen wollte. Und eben dem Bewußtsein hievon hat man wohl mit die Aufstellung der neuen Form der culpa dolo determinata zu verdanken, womit diejenigen Fälle ihre Versorgung erhalten sollten, die sich nicht unter den Begriff des dolus indeterminatus fügen wollten. Ueberhaupt ist in's Auge zu fassen, daß die Kritik Feuerbachs durch ihren Gegenstand, d. h. den dolus indirectus der Wolffischen Schule, specifisch bestimmt war. Diesem Aggregat gegenüber hatte er jedenfalls Recht, wenn er, wie auch Kleinschrod that, die Form des dolus indeterminatus als eine Unterart des dolus directus hervorhob. Nicht minder hatte er Recht, wenn er aus jenem Aggregat eine Reihe von Fällen ablöste, in welchen eine bloße Konkurrenz von dolus und culpa stattfindet. Nur darin hatte er Unrecht, wenn er damit den ganzen Inhalt jenes dolus indirectus für antiquirt ansah. Dieses Unrecht konnte er aber gar nicht einsehen, da für ihn ein dolus überhaupt nur in dem Sinne des Vorsatzes denkbar war, die Einsicht jenes Unrechts aber gerade die Einsicht vorausgesetzt hätte, daß mit diesem Begriff die Natur des dolus keineswegs geschöpft sei. Eben seine Polemik gegen den dolus indirectus der Wolffischen Schule giebt aber den Schlüssel zur Erkenntniß ihrer eigenen Einseitigkeit. Er wirft nämlich dieser Schule ausdrücklich vor, sie habe einen zu weiten Begriff vom dolus und eben deßhalb einen zu engen von der culpa. Bedenkt man nun, daß Feuerbach selbst die culpa in dolus auflöste, so wird man seiner Kritik materiell ein Recht zugestehen müssen, das man ihr formell absprechen muß. Ihm konnten dolus und culpa nicht in der Bedeutung von Absicht und Versehen sich gegen-

Digitized by Google

über ſtehen, ſondern nur ſo, daß die vorſätzliche Geſetzesübertretung, wenn ſie unmittelbar die Geſetzesübertretung zum Zwecke hat, dolus, dagegen die vorſätzliche Uebertretung des die obligatio ad diligentiam einſchärfenden Geſetzes, wobei die Uebertretung des Hauptgeſetzes nicht Zweck iſt, culpa hieß. So ſehr er daher einerſeits die culpa in dolus auflöste, ſo ſtreng ſtanden gleichwohl auch andrerſeits beide Begriffe in ſeinem Syſteme geſchieden und in direktem Gegenſatze, — als zum Zweckgeſetztes und nicht zum Zweckgeſetztes Unrecht. Da er ſich nun den dolus eben nur als propositum vorſtellte, d. h. als mit deutlichem Bewußtſein verbundenen Vorſatz, ſo konnte für ihn der Begriff einer indirekten Abſicht, welche dolus und culpa in innerer Vereinigung enthält, nichts andres, als ein Unding ſein. Er konnte ſich ein Zuſammenſein beider nur als äuſſerliches Nebeneinander denken, d. h. nur in der Form der culpa dolo determinata. Mit dieſer und dem dolus indeterminatus (verbunden mit der praesumtio doli) mußte er deßhalb den alten dolus indirectus vollkommen beſeitigt zu haben glauben. Da er nun ſowohl den impetus, als die luxuria anderweitig untergebracht hatte, ſo richtete er auch ſeinen Angriff auf den dolus indirectus nicht gegen die Seite, auf welcher er bleibende Wahrheit enthielt, ſondern gerade gegen ſeine ſchadhafte Seite. Und eben in ſo weit hatte er denn auch zu ſeinem Angriff relativ ein gutes Recht, wenn man auch die von ihm vorgebrachten Gründe an ſich nicht als ſtichhaltig gelten laſſen kann. So hat er Unrecht, wenn er ſagt, ein Erfolg, der blos vorher vorgeſtellt und zugelaſſen ſei, könne nicht dolos ſein, weil hiezu die poſitive Billigung, das Wollen als Zweck gehöre. Denn jenes iſt ſogar beim dolus eventualis der Fall, wo häufig genug der Handelnde in

Digitized by Google

den schwereren Erfolg nur ungern willigt, ihn keines Falls unmittelbar als Zweck setzte. Der zweite Grund F's. ist nur eine Wiederholung des ersten. Wenn er aber noch hinzu fügt, man würde ja sonst auch dann indirekte Absicht anzunehmen haben, wenn Jemand eine an sich unschuldige Handlung unternehme, aber einsehe, daß daraus leicht eine Rechts-Verletzung entstehen könne (und die Möglichkeit ihrer Entstehung billige), so hat er sehr Unrecht, wenn er meint, daß dieß ein Widerspruch wäre. Denn das macht eben den Charakter der Frevelhaftigkeit aus, daß man die verbrecherische Natur der Handlung einsieht und gleichwohl auf die Gefahr hin handelt. Sehr bezeichnend ist, daß F. selbst hier bemerkt, man könne sagen, daß der Handelnde die Möglichkeit der Entstehung der rechtswidrigen Folge billige, — eben damit hat er das dolose Moment in der luxuria ganz treffend ausgesprochen. Auch der dritte Grund (was Absicht seyn solle, müsse Zweck seyn) ist nur eine Wiederholung des ersten. Man bemerkt aber leicht, daß dieser dreifach wiederholte Grund doch nur eine petitio principii enthält. F. dekretirt, daß dolus = Zwecksetzung, Absicht = Vorsatz sei. Nun beweist er die Unmöglichkeit einer mittelbaren Absicht eben wieder damit, daß die Absicht nur unmittelbare Absicht, Vorsatz, Zwecksetzung seyn könne. Gegen diese petitio principii steht nun aber die ganze obige Ausführung über das Wesen des dolus, wornach für jeden zueignungsfähigen Menschen das, was er als Wesen seiner Handlung gewußt hat, oder hätte wissen müssen, wenn er nicht sich durch den Affekt sein Bewußtsein hätte trüben lassen, nicht mehr eine bloß mögliche (zufällige) Folge, sondern ein integrirender Theil seiner Handlung selbst ist, daher zwar nicht zum Vorsatz, wohl aber zur Absicht imputirt werden muß. Dagegen hat

Digitized by Google

nun F. vollkommen Recht, wenn er sub. 4) und 5) der Wolffischen Schule vorwirft, daß sie unter ihrem indirekten dolus sowohl den dolus indeterminatus, als die culpa dolo determinata verberge. Indessen bemerkt auch Berner, der im Uebrigen Feuerbach's System zu retten sucht, daß diese culpa dolo determinata theils Fälle eines wirklichen eventuellen dolus, theils Fälle der Frevelhaftigkeit irrthümlich unter sich begreife. Wenn endlich 6) Feuerbach sagt: sobald man behaupte, daß auch in Beziehung auf den Erfolg direkte Absicht vorhanden gewesen sei, so behaupte man ja gerade unumwunden, daß es keine indirekte Absicht gebe; um deren Denkbarkeit zu zeigen, behaupte man also ihre Unmöglichkeit, — so hat er hiemit wieder vollkommen Recht gegen die Wolffische Schule, sofern diese mit dem Worte indirekt begrifflos spielte, bald eine wirkliche indirekte Absicht, bald eine bloß indirekte Absicht einer direkten Absicht damit bezeichnend; um so weniger aber beweist dieser Grund gegen den richtig verstandenen dolus indirectus, bei dem ja gerade vorausgesetzt ist, daß die Folge nicht direkt in der Absicht gelegen habe. — Gleichwohl sind nun diese Feuerbachischen Gründe stationär geworden, und werden noch heute von solchen wiederholt, die gerade die Grundpfeiler des Feuerbachischen Systens, das Präventionsprincip, seinen Begriff von culpa, seine præsumtio doli etc. als unbrauchbar habe fallen lassen. Ob ein solches Verfahren wissenschaftlich heißen könne, darüber kann man sich alles Urtheils enthalten. Dagegen ist es nun andrerseits, wie schon gesagt, als ein Fortschritt zu betrachten, wenn theils die gesetzgeberische Praxis überall die Eigenthümlichkeit des impetus anerkennt und ihn — wenigstens bei der Tödtung, und hie und da auch bei andern Verbrechen — als selbständigen Schuld-

Digitized by Google

grad behandelt, theils die Doktrin mehrfällig das Ungenügende der culpa dolo determinata anerkennt und dagegen auf die Hervorhebung der Frevelhaftigkeit als einer eigenthümlichen, zunächst an den dolus grenzenden Schuldform gedrungen wird. — Nach Allem Bisherigen ist die Frage, ob neue Strafgesetzbücher sich über den Begriff des dolus erklären sollen, ohne Zweifel zu bejahen [1]).

§. 112 a.

Die Schuld in einer Handlung überhaupt darf nie präsumirt werden, da es im Wesen der Handlung liegt, eine gemischte zu seyn, d. h. ebensowohl das Princip des Unfreiwilligen als das des Freiwilligen in sich zu tragen. Eben so wenig giebt es eine gegründete Präsumtion für irgend einen bestimmten Schuldgrad; und nur so viel läßt sich sagen, daß manche bestimmten Verbrechen überhaupt nur dolos begangen werden können.

Anm. — Es war keine Konsequenz, wenn Feuerbach die früher von ihm aufgestellte præsumtio doli später wieder zurücknahm. Denn dieselbe war ein integrirender Theil seines Systems gewesen. Indessen dient gerade die Art und Weise der Zurücknahme zum Beweis für den wenigen Ernst, womit Feuerbach dabei verfuhr. Denn es scheint zwar, als wolle er nur für die subjektive Zurechnungsfähigkeit eine Präsumtion aufstellen, was sich allerdings hören ließe, da man doch wohl als Regel anzunehmen hat, daß der Mensch nicht der erbärmliche Sklav dämonischer Gewalten sei. Er sagt nämlich, der Mensch sei einerseits mit Willkühr, andrerseits mit Erkenntnißkräften begabt, um sowohl das Verhältniß seiner Willensbestimmungen zum Gesetz, als den Zusammenhang seiner Handlungen mit ihren Folgen zu erkennen;

1) Vgl. gegen Kitka N. Arch. 1835. S. 219. Birnbaum ebend. 1837. S. 276 ff. 473. ff. (§. 113). Vgl. Bauer Abh. I. S. 268. Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 54.

Digitized by Google

deshalb sei die Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen. Allein diesem an sich sehr plausiblen Ausspruch substituirt er sofort einen andern, der deutlich zeigt, daß er unter der Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit vielmehr eine viel konkretere, d. h. die Präsumtion der Verschuldung überhaupt versteht. Bedenkt man nun, daß die größere Menge der Verbrechen überhaupt nur in der Form des dolus sich denken läßt, so ist klar, daß diese Präsumtion der Verschuldung überhaupt von der früheren præsumtio doli sich nur wenig unterscheidet [1]). — Es wäre aber an der Zeit, sich klar zu machen, daß alle Voraussetzungen der Feuerbachischen Schuldlehre nothwendig zu einem Resultate der Art führen. Denn, wie dies schon Kleinschrod ehrlich ausgesprochen hat, der dolus, — als Vorsatz aufgefaßt, kann nicht indirekt ex re, ex indiciis, sondern nur durch Geständniß bewiesen werden. Man könnte etwa vom Standpunkte des römischen Rechts aus hiegegen Einwendungen erheben wollen, sofern man entgegenhielte, daß einerseits das römische Recht eben die Feuerbachische Vorstellung vom dolus theilt, andrerseits aber gerade das römische Recht den Indicienbeweis für den dolus begünstige. Allein hiegegen ist zu bemerken: daß das römische Recht seinen Begriff vom dolus eben nicht aus einer theoretischen Abstraktion, sondern aus dem Leben geschöpft hat. Der dolus des römischen Rechts ist daher nicht als Gegensatz zu dem Begriff der Absicht, sondern vielmehr als eine noch unreife Form dieses letzteren aufzufassen, als eine Vorstellung, in welcher jener konkrete Gedanke bereits, aber noch unentwickelt, nur im Keime lag. Deshalb hat denn die römische Jurisprudenz kein Arg dabei, den Beweis des dolus auch ex re führen zu lassen, um so weniger, als die direkte Absicht ja in

1) S. auch Mittermaier not. 1 zu Feuerbach §. 87.

Digitized by Google

der That stets mit der Form des Vorsatzes koincidirt und Alles, was zur indirekten Absicht gehört, bei den Römern vom dolus ausgeschlossen und zur culpa gezogen war. Gerade, je einseitiger die Auffassung des dolus als propositum und hiemit die völlige Unterordnung des Thatmoments unter das Willensmoment war, (das römische Recht nimmt die verbrecherische Handlung nicht als Totalität, sondern nur als Willensäusserung, daher auch der Begriff der culpa erst spät sich Geltung verschaffte und stets etwas Exceptionelles behielt [1]), um so mehr forderte das praktische Bedürfniß hiefür als Ersatz die Geltung des Thatmoments beim Beweise, d. h. die Möglichkeit, den dolus aus Indicien zu erschließen [2]). Das Gegenstück dazu ist das germanische Recht, bei dem gerade umgekehrt die verbrecherische Handlung überwiegend nach ihrer objektiven Seite aufgefaßt und deshalb auch die praktische Forderung für den Beweis die umgekehrte war, daß derselbe durch das Medium der Subjektivität (Geständniß, Eid, Wahrspruch) gehen müsse. — Gleichwohl ist es aber wahr, daß in dem Begriffe des Vorsatzes, oder wie ja Feuerbach selbst noch entschiedener sich ausdrückt, der Zwecksetzung gerade das Gegentheil, d. h. die Forderung liegt, daß derselbe stets durch Geständniß erwiesen werden müsse. Denn eben, wenn man ihn abstrakt subjektiv nimmt, so muß man auch zugeben, daß das rein Subjektive bloß auf subjektivem Wege bewiesen werden könne. Und gerade nun diese unumgängliche Konsequenz des F'schen Systems rief die Nothwendigkeit der præsumtio doli hervor, von welcher er, wie gesagt, später nur scheinbar abgelassen

1) Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 159, 191, 223. Mittermaier not. zu Feuerbach §. 56.

2) Wening im N. Arch. II. S. 194 — 237.

hat. Man würde wohl daran thun, ſich dies deutlich zum Bewußtſein zu bringen, und mit der præsumtio doli auch ihre Vorausſetzung, nämlich die Feuerbachiſche Schuldlehre überhaupt zu verwerfen [1]).

Der vielbeſprochene Kompetenzſtreit zwiſchen Richter und Arzt behufs der Ermittlung der Zurechnungsfähigkeit [2]) wird wohl am richtigſten mit Berner a. a. O. S. 301—310 dahin entſchieden, daß betreffenden Falls der pſychologiſch gebildete Gerichtsarzt über den abnormen Seelenzuſtand, der Richter aber über die daraus folgende Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit als Sachverſtändiger zu urtheilen habe, und zwar ſo, daß beiderlei Funktionen in lebendiger Wechſelwirkung ſtehen müſſen, die des Richters aber als die übergreifende zu betrachten iſt. Im Weſentlichen entſcheidet ſo auch die Wirtemb. Strafproceßordnung Art. 295, während der Hannövr. Entw. Art. 198 dem Richter zuviel einräumt.

γ) Materielle Abſicht (Zweck).

§. 113.

Im Begriffe der Abſicht iſt Aeuſſeres und Inneres der Handlung wieder zur Einheit vermittelt. Die allgemeine Qualität der Handlung iſt das, was der Handelnde, wenn er überhaupt zurechnungsfähig iſt, nothwendig dabei wollen muß, wofür er daher auch einzuſtehen hat, und wovon er die nothwendigen Folgen tragen muß. So iſt nun die Abſicht formelle Abſicht, d. h. ſie iſt die vollendete Form der Handlung, worin Wille und Daſein Eins, und der Kreis der zum

1) Gegen dieſe Präſumtion vgl. Oerſted Grundregeln S. 279 ff. Borſt N. Arch. II. S. 434 ff. Bauer Abh. I. S. 277—283. Wächter I. S. 134, 135. Hufnagel I. S. 104, 105.

2) Kant Anthropologie §. 41. Mezger Abhandl. S. 75 ff. Mittermaier in Hitzig's Zeitſchrift II. S. 235—261. Viſias in Wagners Zeitſchrift 1834. I. S. 48—50. Bericht der Kommiſſion der Abg. Kammer zum Entw. der Wirt. Strafproceßordnung S. 460—464.

Digitized by Google

Begriff der Handlung nothwendigen Bedingungen geschlossen ist. Wie die Vollendung, so ist sie ferner auch die Totalität der Form für alle Momente der Handlung von subjektiver Seite. Indem nun aber die Subjektivität in der vorliegenden Vermittlung beider Seiten der Handlung das Uebergreifende bildet, so zeigt sie sich als das bestimmende Princip, das, in sich reflektirt, den Begriff der, über die Totalität der Handlung selbst übergreifenden materiellen Absicht (des Zwecks) ergiebt. Der Uebergang selbst ist einfach dadurch bestimmt, daß die vollendete Form mit dem Inhalt selbst identisch ist. In der vollendeten Form der Handlung macht der Wille seine Besonderheit, seinen eigenthümlichen Zweck als die Seele der Handlung geltend. Allein eben dieser Zweck fällt in das Gebiet der Moral, und das Recht verhält sich zu demselben negativ (s. unten §. 152 — 155.)

Anm. — S. Hegel §. 121. Der Uebergang ist der logische: daß die vollendete Form der Inhalt selbst ist, auf seine einfache Allgemeinheit zurückgebracht, sowie der Inhalt, in seine Momente auseinandergelegt, die Form ausmacht. So besteht der Kauf im Versprechen einer Sache gegen einen Preis, der Annahme des Versprechens und der Zusage des Preises; die Tödtung in der Verletzung eines Theils am menschlichen Organismus, dessen Destruirung die Destruktion des ganzen Organismus nach sich zieht. Zeigen konkrete Handlungen diese Formen auf, so haben wir den Begriff des Kaufs, der Tödtung vor uns. In der gedachten Form ist dann der ganze Inhalt der Handlung abgeschlossen. Sie hat keinen Inhalt, der noch über diese Form hinausfiele. Was auch sonst ihr Inhalt seyn möge, Vergnügen, Neugierde, Feindschaft, Mitleid ꝛc. ꝛc., dieser Inhalt fällt innerhalb jener Form. Diese Form ist der Inhalt der Handlung, auf seine einfache Allgemeinheit zurückgebracht. — Aller-

Digitized by

dings legt nun in jene Form der beſondre Wille ſeinen beſondern Inhalt, der ihm die Seele der Handlung ausmacht. Hiemit hat es aber das Recht nicht mehr zu thun, ſondern die Moral. Der menſchliche Wille geht das Recht nur an, ſoweit an ihm die Form der Allgemeinheit iſt; ſeine Beſonderheit hat er für ſich allein zu genießen, im Guten wie im Böſen. Gegen das Recht verhält er ſich damit lediglich negativ. (Michelet a. a. O. S. 102 — 104.)

2) Die Objektivität.

§. 114.

Die Objektivität der Handlung, in ſich reflektirt gegen ihre ſubjektive Seite, ergiebt a) das Fürſichſein des Thatmoments als äußerer Erſcheinung eines Verbrechens, welche als ſolche anerkannt zu werden verlangt, und ſich eben deshalb indifferent gegen das bloß Innerliche verhält. Dieſe Indifferenz kann nämlich hier keine totale mehr ſeyn, ſo als könnte das Thatmoment für ſich allein und ohne alle Vorausſetzung eines darin erſchienenen Willens Geltung verlangen. Vielmehr liegt ja eben darin, daß es ſich als verbrecheriſche Erſcheinung behauptet, die Vorausſetzung, daß es die Aeuſſerung eines verbrecheriſchen Willens ſei, und der Gegenſatz iſt daher nur der zwiſchen dem objektiv gewordenen und dem bloß ſubjektiv gebliebenen Willen. Allein auch dieſer Gegenſatz erweist ſich als abſtrakt, und ſchlägt b) in den Begriff des Verſuchs um. Indem nämlich die objektive Seite ſich nur als weſentlich beſtimmt durch den Willen ſetzen kann, ſo muß ſie ſofort auch den Willen als ein über ſie Uebergreifendes anerkennen und ſich auch dann noch als verbrecheriſches Daſein behandeln laſſen, wenn ſie für ſich keineswegs die adäquate Erſcheinung eines verbrecheriſchen Willens iſt. Indeſſen beſtimmt ſich dieſe Unvollſtändigkeit fernerhin noch näher dahin, daß ſie eine ſolche

Digitized by Google

nicht in Beziehung auf den Begriff des Verbrechens selbst seyn darf, daß vielmehr in der unangemessenen Erscheinung die allgemeine Natur der bestimmten verbrecherischen Absicht vollständig erkennbar seyn muß. Indem aber somit die objektive Seite der Handlung sich ebenso als in sich wesentlich, wie als wesentlich durch die subjektive bestimmt zeigt, so geht sie c) im Begriff des vollendeten Verbrechens mit derselben in die vermittelte Einheit zusammen.

a) Die abstrakte Wesentlichkeit der objektiven Seite.

§. 115.

Wie es das Recht des Subjekts ist, aus der zweideutigen Unmittelbarkeit der im Princip ebenso freiwilligen, wie unfreiwilligen Handlung sich in sich zu reflektiren und nur das als das Seinige anzuerkennen, was es zuvor als dieses in sich selbst gesetzt hat, ebenso ist es andrerseits das Recht der objektiven Seite der Handlung, gegenüber dem Belieben des Subjekts sich selbst als das Wesentliche zu behaupten. Dieses Recht ist im Bisherigen schon zur Anerkennung gekommen, indem sich das Subjekt auch die nicht direkt beabsichtigten Erfolge seines Handelns gleichwohl zurechnen lassen mußte. Darin lag, daß die Handlung nach ihrer objektiven Seite sich für sich als Totalität behauptete und hiemit sich gegen deren subjektive Seite als solche indifferent verhielt. Hierin ist nun auch etwas sehr Wahres enthalten, dies nämlich, daß der Handlung das Objektivgewordensein durchaus wesentlich, und daß daher alles bloß subjektiv Gebliebene von dem Begriffe der Handlung auszuschließen ist (cogitationis poenam nemo patitur).

§. 116.

Indessen ist diese Forderung noch näher zu bestimmen. Zunächst liegt darin nicht mehr das ganz Abstrakte, daß zur

Digitized by

Handlung überhaupt eine objektive Seite, ein äußeres Geschehen gehöre. Vielmehr, sofern das Thatmoment für sich als die Totalität gelten will, setzt es gerade die Willensseite voraus, es behauptet sich als Willensäusserung, und seine Abstraktion von der Subjektivität will nur soviel sagen, daß alles, was als Handlung gelten wolle, nicht subjektiv geblieben seyn dürfe, sondern in Objektivität übergegangen seyn müsse. So richtig dies nun ist, so liegt doch gleichwohl, sobald der Standpunkt abstrakt festgehalten wird, auch etwas Unwahres darin, nämlich dies: daß die objektive Seite für sich das ganze Wesen der Handlung zur Erscheinung bringe und dessen genügender Ausdruck sei.

Anm. — Die relative Wahrheit, die in der fraglichen Bestimmung liegt, hat sich auch in dem, sonst überwiegend die Subjektivität berücksichtigenden römischen Strafrechte geltend gemacht. Sie liegt eben in dem Satze: Cogitationis poenam etc. ausgesprochen. Weiter aber, als bis zu dieser abstrakten Anerkennung der Wesentlichkeit der äusseren Erscheinung ist das öffentliche Strafrecht der Römer nicht gegangen. Es behandelt den Unterschied zwischen Vollendung und Versuch als indifferent, und begnügt sich mit der Forderung, daß der verbrecherische Wille überhaupt in einer äusseren Erscheinung manifestirt worden seyn müsse [1]). (Daß in den späteren Zeiten ausnahmsweise Fälle einer Berücksichtigung des Versuchsbegriffs vorkommen, alterirt den Charakter des römischen Strafrechts im Ganzen nicht). —

---

1) Zachariä Lehre vom Versuch. I. §. 98—102. Dagegen hat Z. wohl Unrecht, wenn er dem Kan. Rechte denselben Standpunkt vindicirt. Die moralische Tendenz führte, wenigstens im älteren Kan. Rechte ganz konsequent selbst auf Bestrafung der cogitatio. Berner S. 287—289.

Digitized by Google

Umgekehrt ist nun die andere Seite jener Bestimmung, wornach die Objektivität der Handlung sich als deren Totalität behauptet, im altdeutschen Rechte fixirt worden. Wie aber dieses Begriffsmoment dialektisch zu den Begriffen des Versuchs und der Vollendung sich weiter entwickelt, so ist auch historisch die Anerkennung dieser Begriffe auf dem Boden des Deutschen Rechts vor sich gegangen. Man kann nun zwar allerdings denen Recht geben, welche den rein objektiven Standpunkt, für sich genommen, roher finden, als den subjektiven. Gleichwohl muß andrerseits anerkannt werden, daß jener, als Keim seiner weiteren Entwicklungen betrachtet, vielmehr ein reicherer und konkreterer ist, als der römische. Denn der Grundgedanke des letzteren bringt es, wie gesagt, nicht weiter, als bis zu einer abstrakten Anerkennung der Wesentlichkeit der objektiven Erscheinung überhaupt, während umgekehrt die weitere dialektische Entwicklung des deutschen Princips die Anerkennung der subjektiven Seite des Verbrechens als Voraussetzung in sich schließt. Eben deshalb sehen wir ja auch, wie das deutsche Recht durch Vermittlung des Rechts der Kirche die römischen subjektiven Bestimmungen in der Schuldlehre ohne Mühe in sich aufnahm und verarbeitete. Auch rechtfertigt sich eben durch das Angeführte die Polemik Wildas [1]) gegen diejenigen, welche den Standpunkt des altdeutschen Rechts für den der absoluten Rohheit, der abstrakten Negation des subjektiven Moments in der Schuld ausgeben. Denn dies ist ganz verkehrt. In der deutschen Ansicht liegt vielmehr gerade dies als Voraussetzung, daß in der objektiven Seite des Verbrechens eine Willensäusserung ausgesprochen sei. Der Mangel ist nur der,

1) Strafrecht der Germanen. S. 146 ff.

Digitized by Google

daß dieſes ſubjektive Element noch nicht in ſeinen Unterſchieden (dolus, impetus, culpa etc.) erkannt, und deshalb nicht nur verſchiedene Schuldgrade unter einander gemiſcht, ſondern auch wohl gar Thaten aus bloßem Ohngefähr als ſtrafbare behandelt werden.

§. 117.

Indem nun die objektive Seite der Handlung ſich für ſich als die Totalität derſelben ſetzt, hiemit aber die Willensſeite ſich vorausſetzt, ſo liegt hierin das Anerkenntniß ihrer Beſtimmtheit durch die letztere. Denn eben in der Abſtraktion von der reinen Subjektivität liegt die Behauptung, daß dieſe ſich vollſtändig in die Objektivität übergeſetzt haben, dieſe alſo die adäquate Erſcheinung jener darſtellen müſſe. Hiemit aber giebt die Objektivität ſich ſelbſt als das durch die Subjektivität Beſtimmte aus; gerade mit der Abſtraktion von ihr bekennt ſie ſich als das ihr Untergeordnete. Dieſe Beſtimmung, für ſich entwickelt, ergiebt den Begriff des Verſuchs.

b) Der Verſuch.

§. 118.

Die objektive Seite der Handlung bekennt ſich als das durch die ſubjektive Seite Beſtimmte, d. h., ſie erkennt die letztere als das über ſie Uebergreifende an. Eben dieſes Uebergreifen aber ſtellt ſich im Verſuche dar. Während im Verſehen mehr geſchehen iſt, als gewollt wurde, ſo iſt nun umgekehrt im Verſuche mehr gewollt, als wirklich geſchah. Die zuvor negirte Beziehung des Thatmoments auf das Willensmoment tritt alſo wieder hervor. Aber die Einheit beider iſt, eben wie im Verſehen, eine nur relative und unvollkommene. Die objektive Seite zeigt ſich als unvollkommene Erſcheinung der Subjektivität, in der doppelten Weiſe, daß ſie nicht die Extenſität hat, welche im Willen lag, und daß ſie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält.

§. 119.

Hiernach ſind im Begriffe des Verſuchs folgende Momente zu unterſcheiden: a) das Willensmoment beſtimmt ſich als dolus; denn über die Thatſeite als das ſie Beſtimmende übergreifen kann nur der poſitivthätige, als Vorſatz und Abſicht erſcheinende Wille, während der negative, kulpoſe Wille umgekehrt durch das Thatmoment, als das über ihn Uebergreifende, beſtimmt iſt, daher Verſuch und Verſehen ſich gegenſeitig abſtoßen und eine Identität beider einen inneren Widerſpruch enthielte. Näher aber kann das Willensmoment im Verſuche wiederum nicht der dolus als Vorſatz, ſondern nur der dolus als Abſicht ſeyn, da im erſten Fall der Begriff des Verſuches von dem zufälligen Belieben des Einzelwillens abhienge, während er doch vermöge ſeiner Beziehung auf den Begriff der Handlung nothwendig zugleich eine objektive Maaßbeſtimmtheit haben muß. Beides aber, ſeine Beſtimmtheit durch den Willen, und ſeine Beſtimmtheit durch den Begriff der Handlung, iſt vereinigt, indem das Willensmoment im Verſuche als Abſicht beſtimmt wird, ſofern der Begriff der Abſicht eben die vermittelte Einheit des ſubjektiven Vorſatzes mit der objektiven Maaßbeſtimmtheit der Handlung darſtellt.

Anm. — Ueber die Nothwendigkeit dieſes erſten, beſonders von Zachariä [1]) treffend entwickelten Requi-

---

1) Die Lehre vom Verſuche des Verbrechen. Vergl. Cropp de praec. j. Rom. circa pun. Conatum del. Meiſter Urth. und Gutachten S. 409. Mittermaier N. Arch. I. S. 163 ff. IV. S. 1 ff. X. S. 535 ff. Luden Abh. Bd. I. Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 161. 218. Skari ebend. 1835. I. S. 384 ff. Jordan de nonnull. controv. ad doctr. de conatu del. spect. Lelièvre Comm. de Con. del. Rossi II. S. 303 ff. III. S. 1 ff. Carmignani II. S. 304 ff. Vergl. Romagnosi

Digitized by Google

ſits iſt faſt allgemein Uebereinſtimmung in der Doktrin. Die Legislation hat ohnedies nie daran gezweifelt, daß der Verſuch den dolus nothwendig in ſich ſchließe. Zachariä I. §. 23. 24. Insbeſondere hat man auch mit Recht vom Begriffe der culpa aus die Unmöglichkeit des kulpoſen Verſuchs zu zeigen verſucht. Nur freilich hat man dabei oft mehr aus dem poſitiven Rechte, als aus der Natur der Sache, die auch das poſitive Recht anerkennt, argumentirt und ſich daher mit Nebengründen begnügt, ſtatt auf den Hauptgrund einzugehen. Dieſer liegt in dem Begriff des Verſehens ſelbſt, welches darin beſteht, daß eine für das Wollen und Wiſſen des Handelnden zufällige Folge eintritt, die ihm aber als realmögliche, mittelbar gewollte imputirt wird, weil ſein Irrthum ein vermeidlicher war, weil er die Folge hätte vorher bedenken können und ſollen. Dieſer Begriff kann nun ja offenbar nur dann zur Exiſtenz kommen, wenn eine ſolche Folge wirklich eingetreten iſt; denn nur von der wirklich eingetretenen Folge kann die Frage entſtehen, ob ſie vorher hätte bedacht werden können und ſollen. Wollte man ſtrafbare culpa auch ohnedies annehmen, ſo dürfte man nur Jedermann Jahraus, Jahrein einſperren, denn die bloße Möglichkeit ſchlimmer Folgen liegt bei allem menſchlichen Handeln vor. Eben deshalb aber fällt es keiner Geſetzgebung ein, die culpa eher zu ſtrafen, als bis ſich jene abſtrakte Möglichkeit zu einer realen Möglichkeit verdichtet, d. h. bis der wirkliche rechtsverletzende Erfolg bewieſen hat, daß der Handelnde im konkreten Fall wirklich einen negativ böſen Willen

---

überſ. v. Luden. II. S. 1—67. Niccolini del tentativo. Brower de Conatu crim. Wietgens de Con. delingu. Bauer Abh. I. S. 305—308.

Digitized by Google

gezeigt habe. Ganz etwas Andres ist es dann, wenn neben dem Gebiete der Strafjustiz die Polizeigewalt auch aus dem Gebiete der bloß möglicherweise verletzenden Handlungen diejenigen hervorhebt, welche die konstanten Vermittlungen von Verbrechen bilden, und sie eben um ihrer Gefährlichkeit willen zu Polizeivergehen stempelt. Sölche Polizeivergehen sind dann eben als vollendete Polizeiübertretungen, keineswegs aber etwa als Konate von kulposen Verbrechen zu betrachten und zu behandeln. Die gleichwohl von Hepp gemachten Versuche, den Begriff eines kulposen Versuchs zu retten, worüber Zachariä I. §. 25—28 das Nöthige bemerkt hat [1]), können hier um so mehr dahin gestellt bleiben, als die meisten Argumente nur negativer Art, d. h. gegen ungeschickte Vertheidigungen der richtigen Ansicht gerichtet sind, das einzige Argument aber, welches die Sache selbst berührt, auf einem offenbaren Mißverständniß, nämlich auf einer Verwechslung der Begriffe des Versuchs und des Anfangs, beruht. Uebrigens will ja Hepp selbst enblich seinem Begriffe des kulposen Versuchs ausdrücklich keine praktische Bedeutung beigelegt wissen, indem er die in der Sache sehr richtige Bemerkung macht, daß die Gesetzgebung einen solchen Versuch nie kriminell bestrafen könne, daß vielmehr dergleichen kulpose, ohne Erfolg gebliebene Handlungen nur insofern strafbar seien, als sie der Gesetzgeber durch ein bestimmtes Polizeigesetz als selbständige Vergehen mit Strafe

1) Mitermaier N. Arch. X. S. 542. Oersted Neuer Beitrag, S. 120. Roßhirt Entwicklung, S. 330. 331. Rossi Traité, II. 22. Vergl. Wächter I. §. 84. n. 66. Henke I. S. 254. 355. Luden Abh. I. S. 266. Kitka a. a. O. S. 167. Marezoll S. 84.

bedroht habe [1]). — Unter den bei dieser Gelegenheit von Zachariä gemachten Bemerkungen ist insonderheit auch die treffend, daß man bei kulposen Verbrechen ebensowenig die Bezeichnung der Vollendung, als die des Versuchs brauchen sollte. Die kulposen Verbrechen gehören überhaupt nicht in diese beiden Kategorieen, in denen es sich wesentlich darum handelt, wie sich das abstrakt gesetzte objektive Moment der Handlung durch das subjektive bestimmen lassen und mit ihm vermitteln muß. Dieses subjektive Moment kann nämlich eben nur der dolus, nicht die selbst wieder durch das Thatmoment überwiegend bestimmte culpa seyn. Deshalb fällt die culpa nur unter die so eben unter a) aufgeführte Kategorie der abstrakten Wesentlichkeit der äussern Erscheinung. Diese unmittelbare, in ihrer Unmittelbarkeit für den dolus und seinen reicheren Inhalt noch unwahre Bestimmung genügt für den Begriff der culpa. — Solche feineren Unterschiede zu bemerken, hat sich Berner [2]) durch seine bloß nach dem Gesetze des Gleichgewichts angeordnete Entwicklung der Schuldlehre selbst verhindert. Denn ihm muß gerade die culpa stets vollendetes Verbrechen seyn, eben wie er den Konat sich nur dolos denken kann. So richtig nun letzteres, und so treffend überhaupt die Ausführung ist, daß culpa und Versuch in entgegengesetzten Polaritätsverhältnissen stehen, so fehlt

---

1) Mit dieser oberflächlichen Deduktion des Versuchs kulposer Verbrechen ist nicht zu verwechseln die scharfsinnige Ausführung von Stübel N. Arch. VIII. S. 236 ff., der das kulpose Verbrechen überhaupt in den Begriff der dolosen gefährlichen Handlung, mithin in den des Polizeivergehens auflöst, weil er den Begriff der culpa überhaupt undenkbar findet.

2) a. a. O. S. 174 ff.

Digitized by Google

doch bei Berners Entwicklung ebenso auf der subjektiven, wie auf der objektiven Seite, je ein Moment, und gerade dasjenige Moment, wodurch die ganze Entwicklung organisch wird. Nach seiner Ausführung stellt sich das Gleichgewicht der Momente der Handlung, — subjektiv im Begriffe des dolus, objektiv in dem der vollendeten Handlung dar. Die Begriffe des Versehens und des Versuchs entstehen bloß durch den Verlust dieses Gleichgewichts, indem das einemal das Willensmoment, das andremal das Thatmoment überwiegt. Indem sofort dieses Ueberwiegen in gänzliche Abstraktion von der andern Seite übergeht, soll der Begriff der aufgehobenen Zurechnung entstehen. Daß eine solche Zerlegung eines Begriffsganzen in seine Theile die Stelle einer Begriffsentwicklung in spekulativem Sinne nicht vertreten könne, ist für sich klar. Letztere fordert, daß die in den Gegensatz dirimirten Momente je an sich selbst wieder das andre Glied des Gegensatzes setzen, daß also gezeigt werde, wie das für sich festgehaltene subjektive Element von selbst wieder seine Vermittlung mit dem objektiven fordre, und umgekehrt. Die Stellung der Imputationslehre in einem Systeme des Strafrechts aber fordert, daß dieselbe nicht mit der Negation des Begriffs der Zurechnung, sondern vielmehr mit der konkreten Fülle dieses Begriffs schließe. Indessen, auch hievon abgesehen, führt jene mechanische Entwicklung im Einzelnen zu großen Inkonvenienzen, so vor Allem zu der Unmöglichkeit, das Gebiet der culpa von dem des casus, und das Gebiet des conatus von dem der nuda cogitatio auf bestimmte Weise abzugrenzen, da vielmehr diese Uebergänge als unendlicher Progreß vorgestellt werden. —

Auch das andre Moment, daß das den Versuch bestimmende dolose Princip nicht als subjektive Absicht,

Digitized by Google

d. h. als Vorsatz aufgefaßt werden dürfe, findet sich bei Zachariä I. §. 8 richtig hervorgehoben, und es ist nur dem Mangel an einer ausreichenden philosophischen Grundlage seiner Darstellung zuzuschreiben, daß er eines so langen Umwegs (§. 9—15) bedarf, um zu der, schon in dem Begriffe des dolus liegenden, richtigen Bestimmung zu kommen, daß der Begriff des Versuchs nur mit Rücksicht auf den Begriff des Verbrechens wahrhaft bestimmt werden könne. Vergl. Berner S. 236.

Zu den vielen Kontroversen in dieser Lehre gehört noch die, ob sich ein Versuch nur mit determinirtem oder auch mit indeterminirtem dolus denken lasse? Hier wird nun durch die Unbestimmtheit des Begriffs der unbestimmten Absicht große Verwirrung hervorgebracht, indem verschiedene Fälle, wie der des dolus alternativus, der des dolus eventualis und der des impetus durcheinander geworfen werden. Unterscheidet man aber die Fälle, wie es sich gebührt, so wird jene Unsicherheit von selbst verschwinden. Man wird dann vor Allem die indirekte Absicht und solche Fälle, welche man gewöhnlich unter den dolus eventualis stellt, d. h. Fälle der Konkurrenz einer bestimmten und einer unbestimmten (eventuellen) Absicht, nicht mit dem Fall eines alternativen dolus verwechseln. Letzterer findet in dem Falle statt, wenn der Handelnde einsieht, daß von mehreren Erfolgen irgend einer eintreten muß, und nur dies dem Zufalle überläßt, welcher der verschiedenen Erfolge wirklich eintreten soll. Im Fall des wirklichen Eintritts nun koincidirt (s. o.) der alternative dolus mit dem determinirten, und es liegt ein einfaches vollendetes dolоses Verbrechen vor. Tritt dagegen keiner der verschiedenen Erfolge ein, so muß der schwerste der Erfolge als attentirt angenommen werden, weil auf diesen jedenfalls die

Digitized by Google

Absicht des Handelnden auch gerichtet war, und in diesem Attentat das Attentat etwaiger minder schweren Erfolge mitgestraft wird. Vergl. Zachariä I. §. 29.[1]). Der reine eventuelle dolus (Berner führt als Beispiel an, daß A in der Nähe einer Scheune seine Pfeife anzündet und den Rest des brennenden Schwamms in einen neben der Scheune befindlichen Heuhaufen wirft, indem er wohl einsieht, daß hiedurch die Scheune in Brand aufgehen kann, und zu diesem Erfolg eventuell seine Zustimmung giebt) wird wohl im Leben höchst selten vorkommen, da mit einem solchen Voraussehen möglicher Folgen, wo nicht der Handelnde daneben einen andern bestimmten verbrecherischen dolus hat, in der Regel nicht die direkte Billigung dieser Folgen verbunden seyn, vielmehr der Fall der Frevelhaftigkeit eintreten wird, in welcher das allerdings mit vorhandene dolose Element durch das kulpose überwogen und eben hiemit der Begriff des Versuchs ausgeschlossen wird. Vielmehr wird der dolus eventualis wohl in der Regel nur neben einem determinirten dolus vorkommen, wie denn auch meist Lehrbücher und Gesetzbücher eben nur diesen Konkurrenzfall unter der Bezeichnung des dolus eventualis hervorheben. Daß nun hier der Begriff des Versuches seine Anwendung finde, sollte in der That nicht bezweifelt werden.

Es sind hinsichtlich einer solchen Konkurrenz folgende Fälle zu unterscheiden: I. Beide Erfolge, der bestimmt gewollte, und der nur eventuell gewollte sind neben einander eingetreten. Hier liegen zwei konsummirte Verbrechen vor, und zwar wird hier, wie überall, der nur

1) AM. Hepp im N. Arch. 1836. S. 63. 64. und wieder andrer Bauer Abh. I. S. 329.

eventuelle dolus in der Strafbarkeit niedriger gehalten werden müſſen, als der beſtimmte. Als Beiſpiel kann das von Berner angeführte dienen, daß Jemand ſein eigenes Haus anzündet, zunächſt in der Abſicht, nur dieſes abzubrennen, dabei aber die Möglichkeit einſieht, daß dadurch auch des Nachbars Haus in Flammen aufgehen könne, und hiezu eventuell ſeine Zuſtimmung giebt. II. Es iſt keiner von beiden Erfolgen eingetreten. Hier iſt der Fall ein andrer, als bei dem alternativen dolus. Bei dieſem will der Handelnde von mehreren Erfolgen nur Einen, deſſen Wahl er jedoch dem Zufall überläßt. Es kann ihm daher auch nur Ein Verbrechen als verſucht aufgerechnet werden, aber dies muß eben das ſchwerſte unter den alternativ gewollten ſeyn. Dagegen in unſrem Fall will der Handelnde jedenfalls Einen Erfolg beſtimmt, aber neben dieſem noch einen anderen eventuell. Hier liegt daher, wenn gar kein Erfolg eintrat, ein doppelter Verſuch in Form der idealen Konkurrenz vor. III. Es iſt nur der eine oder der andere Erfolg eingetreten. Hier iſt nun zu bemerken, daß man in der Regel dieſen Fall mit dem des alternativen dolus verwechſelt. Man ſpricht nämlich von eventuellem dolus auch dann, wenn der eine der beiden Erfolge den andern ausſchließt, z. B. wenn Jemand einen andern zunächſt verwunden, eventuell aber tödten will. Für dieſen Fall iſt eine Bemerkung am Platze, die Luden bei einer andern Gelegenheit macht: „es iſt nicht denkbar, daß Jemand ſich vorgeſtellt habe, er werde mit Beſtimmtheit einen Andern nicht ſo ſtark verwunden, daß er ſterben werde, und daß er zugleich die Vorſtellung gehabt habe, er werde ihn möglicherweiſe tödten. ... In ſolchen Fällen wird bei vorgefallener Tödtung der Thäter immer ſagen, einen geringeren Erfolg beabſichtigt zu haben.

Digitized by Google

Dieſes Vorgeben iſt aber immer unwahr, weil er ſich die Tödtung als möglich vorſtellte, und ſich folglich nicht vorſtellen konnte, daß er mit Beſtimmtheit nicht tödten werde." Dieſe Bemerkung macht Luden in Beziehung auf die culpa dolo determinata, die aber vermöge ſeiner Vorſtellung vom Weſen der culpa faſt ganz mit dem übereintrifft, was Andre in der ebenangegebenen Weiſe unter den dolus eventualis ſtellen. An ſich iſt denn auch die Bemerkung richtig, wenn ſie ſagen ſoll, daß in derlei Fällen jedesmal nur Ein Verbrechen anzunehmen ſei. In der That iſt hier keine Konkurrenz von beſtimmtem und eventuellem dolus, ſondern nur ein alternativer dolus vorhanden. Iſt daher ein Erfolg eingetreten, es ſei der leichtere oder der ſchwerere, ſo iſt dieſer als mit dolus determinatus hervorgebracht zu betrachten, auf den andern aber keine Rückſicht zu nehmen, da der Thäter nur den einen mit Ausſchluß des andern wollen konnte. — Es kann deshalb hier nur von dem Falle die Rede ſeyn, wenn überhaupt die beiden Erfolge neben einander eintreten konnten, z. B. es wird ein fremdes Haus demolirt und die Tödtung Vorübergehender durch herabfallende Steine eventuell gebilligt; oder es wird ein Haus angezündet und in die Tödtung darin befindlicher Bewohner durch das Feuer eventuell gewilligt. Immer liegt dann hier neben einem vollendeten doloſen Verbrechen ein Verſuch vor, vorausgeſetzt nur, daß die den nicht eingetroffenen Erfolg bedingende Handlung wirklich in das Stadium des ſtrafbaren Verſuchs vorgerückt war [1]). Und zwar findet dies ſtatt, es mag nun der zunächſt gewollte, oder es mag nur der eventuell

1) Vergl. Zachariä a. a. O. I. §. 141. 142. Wächter N. Arch. 1835. Bd. II. S. 478. 479.

Digitized by

beabsichtigte Erfolg eingetreten seyn (z. B. ein Wilderer schießt in der Dunkelheit auf einen Gegenstand, in welchem er zunächst ein Wild zu treffen meint; er denkt sich aber zugleich die Möglichkeit, daß es ein lauernder Förster sei, und willigt eventuell in dessen Tödtung, die denn auch wirklich erfolgt). — Die angeführten nöthigen Unterscheidungen fehlen auch bei Zachariä [1]) a. a. O. Wenn daher auch für den Fall, wo kein Erfolg eintrat, seine Entscheidung richtig ist, so begeht er doch die oben bemerklich gemachte Verwechslung zwischen alternativem und eventuellem dolus. Später kommt er beim qualificirten Versuche auf die Sache zurück, und spricht sich in §§. 141. 142. wieder ganz richtig aus, während im §. 143 a. E. bei Gelegenheit des alternativen und eventuellen dolus die vorige Verwechslung noch entschiedener wiederholt wird. — Noch mehr verwirrt sich Mittermaier N. Arch. IV. S. 18 ff. X. S. 542 ff. die Frage, indem er auch noch den Fall des impetus hereinzieht [2]). Mit Recht thut er es insofern, als ja die Erfindung des unbestimmten dolus in der Weise, wie ihn Feuerbach aufgestellt hat, gerade zu dem Zwecke gemacht worden ist, dem impetus Unterkunft zu verschaffen, — wie denn auch Zachariä wieder (§. 30) sagt, die meisten Fälle des unbestimmten dolus seien diejenigen, wo die Handlung im Zustande des Affekts, in der Hitze der Leidenschaft oder während einer aus der Erschütterung des Nervensystems hervorgegangenen höchst reizbaren Stimmung beschlossen und ausgeführt worden sei. Eben von solchen Handlungen nun behauptet Mitter-

1) Vergl. auch Bauer Abh. I. S. 329. 330.

2) Vergl. Jarke III. S. 247. Pratobevera Materialien, VI. S. 358. Rossi Traité, II. 31.

Digitized by Google

maier insbesondere, daß sich bei ihnen kein Versuch denken lasse, und dehnt dies dann auf Handlungen im unbestimmten Vorsatz überhaupt aus. So wenig nun dies an sich treffend gefunden werden kann, so ist es doch wieder als richtiges Gefühl anzuerkennen, wenn Mittermaier behauptet, daß der Todtschlag nicht mit bestimmtem Vorsatze gedacht werden könne. Andrerseits ist es freilich wieder einseitig und unwahr, wenn er behauptet, daß beim Todtschlag der animus occidendi gar nicht vorhanden sei. Er muß aber in diese Einseitigkeit verfallen, weil er den hier allein vermittelnden Begriff der indirekten Absicht preisgegeben hat. Was nun aber die Ansicht betrifft, daß bei Handlungen im Affekte, also für die Form des impetus kein Versuch sich denken lasse, so entgegnet Zachariä mit Recht, daß es ihr an aller näheren Begründung fehle. Nur freilich kann auch dies Raisonnement von Z. in mehrfacher Hinsicht nicht für richtig gelten, so, wenn er sagt, daß dem Todtschlag in der Regel ein direkter und bestimmter dolus zu Grund liege; oder wenn er S. 48 andeutet, es müsse im Fall versuchten Todtschlags neben einer vollendeten Körperverletzung noch ein Tödtungsversuch angenommen werden, während er S. 268 ganz richtig das Gegentheil ausspricht und S. 276 ausdrücklich sagt, bei unbestimmtem (alternativem oder eventuellem) dolus könne nie ein doppeltes Verbrechen angenommen werden, indem, Beides zugleich gewollt zu haben, gegen den Begriff des Alternativen sei. — Nach dem bisher Ausgeführten ist es unrichtig, auf den dolus indirectus die Kategorieen des alternativen oder des eventuellen dolus anzuwenden, weil beim Impetus ebensowenig von einem determinirten, als von einem indeterminirten Vorsatze die Rede seyn kann, vielmehr seine Eigenthümlichkeit gerade in dem Mangel

Digitized by

des Vorsatzes, d. h. der für das Bewußtsein entwickelten Absicht besteht. Diese Seite hat eben **Mittermaier** ganz richtig aufgefaßt. Allein, indem dem Affekt der Vorsatz abgesprochen wird, darf ihm nicht zugleich die Absicht abgesprochen werden. Das Kulpose dabei besteht eben nur darin, daß sich der Thäter vom Affekt zum Handeln hinreißen läßt, ohne sich die in seinem Handeln ausbrechende Absicht für sein Bewußtsein entwickelt zu haben. Wie bei der Frevelhaftigkeit das kulpose Element über das dolose vorherrscht und deshalb den Versuch ausschließt, so dominirt umgekehrt beim impetus das dolose Element und läßt ebendeshalb den Begriff des Versuchs zu. Die Beweisfrage kann in solchen Fällen allerdings ihre Schwierigkeiten haben, da sich Fälle denken lassen, wo aus den Umständen nicht mit Sicherheit hervorgeht, ob die Handlung, wenn sie nicht vereitelt worden wäre, den schlimmsten Erfolg zur nothwendigen Folge hätte haben müssen. Allein diese Schwierigkeit tritt überall ein, wo der Beweis des dolus aus den Umständen geführt werden muß, und die Eigenthümlichkeit beim impetus besteht nur darin, daß dieser Beweis hier gar nie anders geführt werden kann. Indem wir übrigens sagen, es komme hier auf den Beweis an, daß den Umständen nach ein schwererer oder leichterer Erfolg als durch die Art der Handlung bedingt hätte eintreten müssen, so sagen wir damit keineswegs, daß in diesem Beweise der Beweis eines determinirten dolus läge. Auf diese Weise glaubt **Luden** Abh. I. S. 515. n. 1. die Sache entscheiden zu können, allein im Widerspruch gegen die Natur des Affekts, der eben das deutliche Bewußtsein über den Kausalzusammenhang ausschließt. Deshalb muß denn auch **Luden** für alle Fälle, wo sich dem impetu Handelnden ein solches vermeintliches Bewußt-

Digitized by Google

ſein von Kauſalnexus nicht nachweiſen laſſe (d. h. in Wahrheit für alle Fälle des impetus überhaupt), den Begriff des Verſuchs ausſchließen. In ſeinem Handbuch hilft er ſich nun freilich durch den Machtſpruch, daß der dolus überall nur als determinirter dolus, und zwar als propositum vorkommen, und daß er allezeit aus den Umſtänden erſchloſſen werden könne. Allein mit ſolcherlei Machtſprüchen läßt ſich in der Praxis nichts ausrichten [1]). Läßt man den Verſuch nur beim determinirten Vorſatze zu, ſo muß man ihn im Fall des impetus ausſchließen. Allein von beidem iſt das Gegentheil wahr. Wo Abſicht das Princip der Handlung iſt, da iſt auch Verſuch möglich. Beim impetus iſt nun freilich die Abſicht im Bewußtſein des Handelnden nicht entwickelt, und kann daher bloß aus der Objektivität der Handlung abſtrahirt werden. Hat nun die Handlung etwa nur einen leichteren rechtsverletzenden Erfolg hervorgebracht, ſo iſt zu unterſuchen, ob ſie ihrer inneren Qualität nach mit einem ſchwereren ſchwanger gieng oder nicht. Im erſteren Falle hat man aber unbedenklich Verſuch des ſchwereren Verbrechens anzunehmen. —

Wenn nun übrigens oben geſagt iſt, daß der Begriff des Verſuches ſich nach der formellen Abſicht, d. h. nach dem Begriffe des beſtimmten Verbrechens richte, ſo entſteht noch weiter die Frage, ob alle Verbrechen der Art ſeien, daß ſich ein Verſuch derſelben denken laſſe, oder ob es nicht auch ſolche gebe, „welche keinen Verſuch zulaſſen, weil jede äuſſere Handlung, ſie ſei beſchaffen

1) Bei dieſer Gelegenheit ſei noch bemerkt, daß Luden Hdb. S. 256. 257. n. 6. gegen meine Behauptung, die Römer haben den impetus unter die Kategorie der culpa geſtellt, polemiſirt, dabei aber vergißt, was er in ſeinen Abh. I. S. 263. n. 3. ſelbſt ſagt.

Digitized by Google

wie sie wolle, es sei viel oder wenig geschehen, entweder schon vollständig dem gesetzlichen Begriffe entspreche, oder rechtlich gleichgiltig sei, weil sie auf das Dasein des dolus nicht schließen lasse?" Zachariä I. §. 32. Man hat in letzterer Beziehung theils die Unterlassungsverbrechen, theils eine Reihe von Begehungs-Verbrechen namhaft gemacht. Ausserdem ist noch viel darüber gestritten worden, ob und wie weit die verschiedenen Arten der Betheiligung eines Subjekts an einem Verbrechen (Urheberschaft, Beihilfe ꝛc.) einen Versuch zulassen? Letztere Frage muß nun für uns in solange dahingestellt bleiben, bis der Verlauf der systematischen Entwicklung überhaupt zur Untersuchung jener Betheiligungsweisen führt. Was dagegen die Unterlassungs- und die angeführten Begehungsverbrechen betrifft, so wird die Beantwortung der aufgeworfenen Frage richtiger mit der Entwicklung des Begriffs der Vollendung, als der des Versuchs verbunden werden, und es genügt hier, vorerst auf die im Wesentlichen richtige Ausführung von Zachariä I. §. 33. 42—47 zu verweisen.

§. 120.

b.) Zu dem so bestimmten Willensmomente verhält sich das Thatmoment als unangemessene Erscheinung. Und zwar kann diese Unangemessenheit einen doppelten Grund haben, nämlich entweder darin, daß die Absicht in dem successiven Uebertreten ihrer Momente in die Aussenwelt gehemmt wird, oder darin, daß unter den vom Handelnden vorausgesetzten objektiven Umständen solche sind, welche die in's objektive Dasein übertretende Absicht sich nicht in ihrem vollen Wesen verwirklichen lassen.

Anm. — 1) Es ist eine, erst im Folgenden näher zu begründende, ganz richtige Einsicht der neueren Doktrin, daß der Begriff des vollendeten Verbrechens

Digitized by Google

mit dem Begriffe seines vollkommenen Thatbestands nicht unmittelbar identificirt, mit andern Worten, daß der Fall des Versuchs mit dem Fall eines Mangels am Thatbestande nicht verwechselt werden dürfe, obgleich von jedem Versuche gesagt werden kann, daß er einen Mangel am Thatbestand des vollendeten Verbrechens darstelle. Die Frage kam hauptsächlich bei Gelegenheit des von Feuerbach[1]) aufgestellten Milderungsgrunds wegen Mangels am gesetzlichen Thatbestande zur Sprache. s. vorläufig Zachariä I. §. 16—19. Die Rechtfertigung der fraglichen Ansicht liegt übrigens schon in der bisherigen Ausführung, sofern als bestimmendes Princip des Versuchs die dem Begriffe des Verbrechens adäquate Absicht entwickelt, hiemit aber eben gesagt worden ist, daß zum Begriff des Versuchs jedenfalls die auf Hervorbringung des gesammten Thatbestandes gerichtete Absicht gehöre, derselbe daher ausgeschlossen sei überall, wo der Handelnde ein wesentliches Moment dieses Thatbestands nicht in seine Absicht aufgenommen und daher auch nicht realisirt hatte. Insofern sagt dann Mittermaier[2]) mit Recht: bloßer Mangel am Thatbestande, im Unterschiede vom Versuch, sei vorhanden, wenn der Mangel nicht das Fortschreiten oder die Beendigung der verbrecherischen Thätigkeit oder den Eintritt der zum Begriffe des Verbrechens erforderlichen Wirkung, sondern eine andre Eigenschaft des Verbrechens betreffe. Gleichwohl erschöpft diese negative Bestimmung die Sache nicht, wie auch Zachariä, der sie adoptirt, sogleich faktisch

---

1) Lehrbuch §. 97, vergl. Mittermaier N. Arch. III. Nr. 16. u. Not. 1. zu Feuerbach a. a. O. Bauer Lehrb. §. 187. Birnbaum. N. Arch. XIII. S. 569. u. 74.

2) N. Archiv. 1. S. 166.

Digitized by

einräumte. Denn, obgleich er in den §§. 18 und 19 seine Definition des Versuches darauf begründet, so erkennt er doch im §. 17 ausdrücklich an, daß das Moment der Hemmung des successiven Fortschritts den Begriff des Versuchs nicht erschöpfe, dieser vielmehr auch ausserdem noch die Fälle in sich begreife, wenn a) der Gegenstand oder das Mittel der Handlung untauglich gewesen sei, oder b) Zweifel darüber obwalte, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecherischen Handlung eingetreten sei. — Hievon abgesehen, genügt aber für die Einsicht in das Wesen des gewöhnlichen Versuchs (d. h. des Versuchs mit tauglichen Mitteln und am tauglichen Objekte) jene auf den successiven Verlauf der Handlung gegründete Bestimmung allerdings. Man kann in dieser Beschränkung den Versuch ganz wohl mit Zachariä definiren als: eine absichtliche auf Begehung eines Verbrechens gerichtete äussere Handlung oder Unterlassung, mit welcher oder durch welche noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffs gehört [1]). Denn ohne Zweifel liegt dann ein Versuch vor, wenn die im Handelnden vollständig vorhandene, d. h. alle wesentlichen Momente des Verbrechensbegriffs umfassende Absicht in dem successiven Uebertreten ihrer Momente in das objektive Dasein unterbrochen worden ist, sei es nun, daß noch nicht einmal die vollständige Handlung vorliegt, oder daß nur eine letzte Wirkung ausgeblieben ist, mit deren Existenz erst der Begriff des Verbrechens erschöpft wäre.

---

1) Vergl. Feuerbach Lehrb. §. 42. Lelièvre de conatu. §. 1. Heffter §. 74. Oestr. Gb. §. 7. Preuß. L. R. §. 39—44. Bair. Gb. Art. 60—62.

Digitized by Google

Anm. — 2) Hinsichtlich der viel besprochenen Frage [1]) ob ein Versuch auch dann vorhanden sei, wenn nicht die Handlung in ihrem zeitlichen Verlauf unterbrochen worden, sondern die beabsichtigte Wirkung wegen Untauglichkeit des Objekts oder des Mittels ausgeblieben ist, wurde schon oben §. 109 an das Princip des Irrthums erinnert, das hier einfach zur Anwendung kommen muß. Auf dieses Princip hinzuweisen ist um so nöthiger, je mehr die Frage durch Hervorhebung verschiedener Nebenrücksichten und durch verschiedene, denselben Ausdrücken beigelegte Bedeutung in Verwirrung gebracht worden ist. Bald wird nämlich hier aus den Forderungen verschiedener Strafrechtstheorieen herausargumentirt und wunderlich genug aus diametral entgegengesetzten Principien dasselbe Resultat abgeleitet; bald werden die Fälle des untauglichen Mittels und des untauglichen Objekts verschieden behandelt, und zwar wieder so, daß je von dem einen der Eine behauptet, was der Andre läugnet, und umgekehrt, bald werden dieselben Benennungen auf die verschiedensten Fälle angewandt, bald zwischen Rechts- und Gesetzverbrechen unterschieden u. s. f. — Das Princip [2]) von dem wir ausgehen, ist das allgemein zugegebene, daß der Irrthum in äusseren Umständen dem Handelnden nicht zugerechnet wird. Dieses Princip braucht nur auf die vorliegende Frage angewendet zu werden.

---

1) Mittermaier n. 7. 8. zu Feuerbach §. 42. Bauer Abh. I. S. 371—390. Chop N. Arch. 1842. S. 519 ff.

2) Angedeutet ist dies auch von Tittmann Motive zum Entw. zu einem Strafgb. für Sachsen. S. 27, nur daß er irrthümlich, anstatt vom Irrthum, vom Zufall spricht. Dagegen ist das Princip deutlich ausgesprochen bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 437—439, nur daß der Verf. sogleich wieder Concessionen macht, die mit der Konsequenz nicht bestehen können.

Digitized by

Es handelt sich hier um eine verbrecherische Absicht, die in's äussere Dasein übergeht, die aber ihr Wesen nicht entwickeln kann, weil der Handelnde in faktischem Irrthum entweder im Gegenstande oder in den Mitteln sich vergreift. Durch diese Bestimmung ist bereits derjenige Fall ausgeschlossen, den man Putativ- oder Wahnverbrechen nennen kann, d. h. nicht der von Hefftер §. 36, noch der von Luden Abh. I. S. 476. n. 1. so genannte, sondern nur der von Luden Abh. II. S. 196. n. 1. angeführte [1]), wenn Jemand eine verbrecherische Absicht zu haben und auszuführen glaubt, während seine Absicht in der That dies nicht ist. Hier nämlich ist ein Rechtsirrthum vorhanden, kein faktischer, es kann also dieser Fall gar nicht unter unser Princip fallen. Gewissermaßen könnte das hier Gesagte auch in dem Ausdrucke von Hefftер gefunden werden, wiewohl zu vermuthen ist, daß der Verf. ihn in anderm Sinne verstehe. Er spricht nämlich von „einer verbrecherischen Absicht, die durch Irrthum (Selbsttäuschung) an einem Objekte auszuführen gesucht werde, an welchem das beabsichtigte Verbrechen überhaupt unmöglich sei." Würde man dies so verstehen: Wahnverbrechen sei vorhanden, wenn Jemand sich irrthümlich, in Selbsttäuschung als Objekt einer verbrecherischen Absicht etwas in den Kopf setze, was in Wahrheit dies nicht sei, — so wäre dies ganz das Richtige. Allein Hefftер scheint nicht an das Objekt des Verbrechens selbst, sondern nur an den unmittelbaren Gegenstand der Aeusserung des Verbrechens zu denken, — eine Verwechslung, die freilich fast allge

1) Auch Bauer Abh. I. S. 376—379 hat den Streitpunkt keineswegs richtig bestimmt. s. aber die richtige Ansicht bei Oersted Grundregeln S. 169.

Digitized by Google

mein vorkommt [1]), aber zu den fatalsten Konsequenzen führt. Man muß doch offenbar wohl unterscheiden, ob Jemand aus Selbsttäuschung ein Recht zu verletzen glaubt, während seine Absicht in Wahrheit auf eine Handlung gerichtet ist, die ihrer Natur nach nicht rechtsverletzend ist, — oder ob er eine ihrer inneren Natur nach rechtsverletzende Absicht hat und diese nur aus Irrthum an einem Gegenstand auszuführen sucht, an welchem sie nicht realisirt werden kann. Im ersten Falle ist kein Verbrechen vorhanden. Im letzteren dagegen allerdings. Würde also z. B. Jemand glauben, es sei Ehebruch, wenn man mit der Braut eines Andern konkumbire, oder es sei Diebstahl, wenn man einem Andern eine ihm geliehene Sache, die dieser lange nicht zurückgegeben, heimlich hinwegnehme, so würde hier weder von Ehebruch, noch von Diebstahl gesprochen werden können. Allein etwas ganz Andres ist es, wenn einer in der ganz richtig gedachten Absicht, die Ehe zu brechen oder zu stehlen, sich nur in dem unmittelbaren Gegenstande der Handlung vergreift, z. B. in der Dunkelheit seine eigene Frau umarmt, seine eigene Sache heimlich hinwegnimmt. Hier ist er bloß in einem faktischen Irrthum, der die Natur seines dolus keineswegs alteriren kann. Ganz dasselbe ist aber der Fall, wenn Jemand, um eine wirklich verbrecherische Absicht auszuführen, ein Mittel ergreift, mit welchem sie nicht realisirt werden konnte [2]). Daß

---

1) s. besonders auch Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 162—164.

2) Mittermaier N. Arch. I. S. 170—172 stellt freilich die petitio principii voran, daß zur Tödtung ein lebendiger Mensch und ein tödtliches Mittel gehöre. Als ob nicht dadurch von vorn herein aller Versuch ausgeschlossen würde! denn nimmt man den Begriff des Verbrechens so materiell, so gehört zur Tödtung doch

Digitized by

in solchen Fällen der Begriff des Versuchs an und für sich nicht ausgeschlossen sei, geben auch in der That besonnene Gegner, z. B. Zachariä I. §. 130 zu. Es muß daher wohl irgend ein andrer Grund vorhanden sein, aus welchem weiterhin abgeleitet wird, daß derlei Versuchshandlungen gleichwohl nicht als verbrecherisch behandelt werden dürfen. Und in der That, ist auch Feuerbach (Lehrb. §. 42.) einen solchen Grund nicht schuldig geblieben. Er sagt: Der Versuch könne nur dann gestraft werden, wenn die Handlung selbst nach ihrer äusseren Beschaffenheit mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhang stehe, objektiv gefährlich sei. Denn bürgerliche Strafbarkeit sei ohne eine dem äusseren Rechte widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber sei nur dann äusserlich rechtswidrig, wenn sie das Recht verletze oder gefährde. Wer das Gegentheil behaupte, verwechsle das Moralische mit dem Rechtlichen, und die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Rechte zur Strafe. — Denselben Hauptgrund, daß die rechtswidrige Absicht allein einer Handlung noch nicht die Qualität der Rechtswidrigkeit gebe, stellt auch Mittermaier[1]), der übrigens zeitweise seine Ansicht gewechselt hat, voran, und fügt noch bei: durch die gegentheilige Ansicht werde der Versuch von jedem Thatbestand entkleidet, sie verstoße daher gegen alle rechtlichen Grundsätze vom Thatbestand und Beweise der Verbrechen. Auf

wohl auch, daß der lebendige Mensch wirklich todt gemacht wird. An demselben Mangel leidet auch die im Uebrigen manches Richtige enthaltende Abhandlung im N. Arch. III. S. 394 ff. Gegen Mittermaier s. Oersted Grundregeln, S. 170—180

1) N. Arch. I. S. 183—199. IV. S. 1 ff. S. 104. X. S. 551. ff. Anm. 7. 8. zu Feuerbach. Kitka a. a. O. S. 174 ff. (VI. S. 357. n. 9.) Jenull östr. Krim. Recht. S. 131. 133.

Digitized by Google

den letzteren Grund beruft sich auch Hefftter §. 76. n. 4. vergl. §. 92, selbst für den Fall, wenn der Thäter ein an sich taugliches Mittel geben wollte und nur aus Verwechslung zu einem untauglichen griff, während er für den Fall, wenn der Thäter gegen einen in abstracto untauglichen Gegenstand oder mit einem in absracto untauglichen Mittel operirte, gleichfalls den Feuerbachischen Grund beibringt, in der freilich etwas unbestimmten Wendung: das Recht sehe in der Regel nur auf das Mögliche und Wirkliche, und Strafe setze immer ein bestimmtes Verbrechen, mithin auch die Verletzung oder wenigstens Antastung eines in concreto giltigen bestimmten Rechts voraus: die gedachten Versuchshandlungen aber seien entweder facta voluntati contraria, welche über die Gewißheit des Willens kein hinreichendes Zeugniß geben, oder unschädliche Dummheiten, welche auch sonst nicht dem Rechtsgebiete anheimfallen. — Alle diese Behauptungen reducirten sich auf den von Feuerbach mit Entschiedenheit aufgestellten Satz, daß zu einer verbrecherischen Handlung eine äussere Rechtsverletzung oder wenigstens die äussere Gefährdung eines Rechts nothwendig gehöre. Der an sich durchaus richtige Satz, daß an der verbrecherischen Handlung nicht nur die subjektive, sondern auch die objektive Seite wesentlich sei, erhält also hier die weitere Bedeutung, daß dieses objektive Moment in der wirklichen Läsion einer unmittelbar äusserlichen Rechtsexistenz bestehen müsse. — Dieser Ansicht entgegen stellt sich die von Oersted[1]), daß nicht der äussere Schaden, sondern der in der That ausbrechende böse Wille der Gegenstand der Strafdrohung sei. — Beide Ansichten sind aber einseitig. Nach der ersteren müssen

1) Grundregeln, S. 164 ff. vergl. Grolman §. 31. Schröter I. S. 120. n. 1.

Digitized by Google

auch die gewöhnlichen Verſuchshandlungen, ſobald ſie nur noch keinen Schaden hervorgebracht haben, als nicht verbrecheriſch behandelt werden, wie dies ſchon von Andern, beſonders von Jarcke[1]), ganz mit Recht geltend gemacht worden iſt. Zachariä I. S. 240 will zwar dieſen Einwurf nicht anerkennen, aber ohne ſeine Proteſtation begründen zu können. Nach der Anſicht Oerſteds müßten dagegen auch wirkliche Wahnverbrechen als ſtrafbare Verſuche behandelt werden, da von einem in That ausbrechenden böſen Willen allerdings auch bei ihnen geſprochen werden kann. — Um auf feſten Grund zu kommen, wäre daher zuerſt die Frage zu unterſuchen, ob in der That die Feuerbachiſche Beſtimmung des objektiven Moments die richtige ſei? Nun iſt ſchon im Vorigen die Oerſtediſche Behauptung indirekt abgewieſen worden, ſofern ſie folgerichtig auch zur Beſtrafung bloßer Wahnverbrechen führt. Gegen ihn haben die Gegner vollkommen Recht, wenn ſie dem objektiven Momente überhaupt eine weſentliche Bedeutung zugeſtehen; dagegen hat er ſeinerſeits gegen ſie Recht, wenn er dem ſubjektiven Momente die überwiegende Bedeutung vindicirt. — Gewiß nämlich iſt ſoviel, daß das Verbrechen weſentlich Handlung iſt, daher nothwendig die verbrecheriſche Abſicht in's objektive Daſein übergetreten ſeyn oder überzutreten angefangen haben muß, wenn juriſtiſch überhaupt von einem Verbrechen die Rede ſeyn ſoll. Hierin ſind das altgermaniſche und das römiſche Recht, und ebenſo Feuerbach und Oerſted einſtimmig. Aber die weitere Frage iſt nun eben die nach dem Ver-

1) Handb. I. S. 217. vergl. Henke Handb. I. S. 256. Eſcher Abh. S. 166. Lelièvre de conatu S. 373—385. Wietgens de conatu S. 131—137. Wächter I. S. 137. b.

Digitized by Google

hältniſſe beider Seiten der Handlung zu einander. Hiſtoriſch ſtehen ſich in dieſer Hinſicht das germaniſche und das römiſche Recht gegenüber. Jenes nimmt die Weſentlichkeit der objektiven Seite abſtrakt, d. h. die Objektivität als das Uebergreifende. Daher exiſtirt ihm das Verbrechen nur als That, als wirklich gewordene Rechtsverletzung, dieſelbe ſei nun aus bloßem Verſehen, oder aus Vorſatz hervorgegangen. Die Vorausſetzung der Schuld iſt zwar vorhanden, aber noch nicht entwickelt, vielmehr wird das Innerliche nur in ſeinem äuſſerlichen Spiegel angeſchaut. Ein verbrecheriſcher Wille, der ſich nicht in eine adäquate äuſſere That, eine wirkliche Rechtsverletzung, einen handgreiflichen ſchädlichen Erfolg umgeſetzt hat, iſt für dieſe Anſicht das völlig Indifferente. Vielmehr werden alle Beſtimmungen, die weſentlich der ſubjektiven Seite angehören, auf die objektive übergetragen. Daher denn die abſtrakte Berückſichtigung des äuſſeren Erfolgs, daher die Gleichgiltigkeit gegen Handlungen und Erfolge, die an und für ſich ſelbſt nicht rechtsverletzend ausſehen. Damit ſtimmt es denn auch ſehr wohl überein, wenn man nicht daran denkt, Verſuche an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln zu ſtrafen. Aber man muß nur nicht vergeſſen, daß nach dieſer Anſicht der Verſuch als ſolcher überhaupt nicht als ſtrafbar erſcheint. — Umgekehrt behandelt das römiſche Recht die Subjektivität als das Uebergreifende und läßt das Thatmoment als die bloße, an ſich unſelbſtändige Erſcheinung gelten. Indeſſen darf man hieraus nicht etwa ſogleich mit Cropp, Lelièvre u. A. den Schluß ziehen wollen, daß es auch die untauglichen Verſuchshandlungen geſtraft haben werde. Im Gegentheil führte wohl ſchon der accuſatoriſche Proceß zu dem gegentheiligen Grundſatz, der ſich aber auch aus dem ſtraf-

rechtlichen Standpunkte für sich rechtfertigen ließ. Das römische Strafrecht war, wie schon einmal bemerkt wurde, kein doktrinäres, sondern eine Sache des Lebens, und man thut deshalb Unrecht, ihm Konsequenzen zu unterschieben, die zwar in seinem Principe lagen, aber in der Praxis zu den größten Mißständen geführt hätten. Wäre die volle Konsequenz des subjektiven Gesichtspunkts ausgebeutet worden, so hätte in Rom auch das reine Wahnverbrechen als strafbar behandelt, d. h. die nuda cogitatio bestraft werden müssen. Dem widerstrebte der gesunde Verstand, und es ist daher wohl sehr natürlich zu erklären, wenn man diesem Extrem überhaupt ferne bleiben wollte und deshalb auch dann kein Verbrechen annahm, wenn der Thäter an ein an sich untaugliches Objekt oder Mittel gerathen war, während es unbezweifelt ist, daß Versuche mit in concreto untauglichen Mitteln allerdings für strafbar gehalten wurden. Eben im letzteren Punkte aber hat sich offenbar die Konsequenz des Princips geltend gemacht, und es fehlt sogar nicht einmal an Stellen, welche zeigen, daß früher dieses Princip noch konsequenter verfolgt wurde (s. d. Aussprüche von Pomponius und Neratius in l. 46 §. 8. D. de furtis und l. 6 D. expil. hered.), wie denn auch Justinian in der l. 20. Cod. de furtis dasselbe ganz unläugbar anwendet. Gleichwohl möchten wir glauben, daß man in der Regel den entgegengesetzten Grundsatz befolgt habe, wie er in l. 22 §. 4 D. ad l. Corn. de fals. ausgesprochen ist, theils aus dem angef. Grunde, weil man fürchtete, daß man sonst konsequenter Weise auch die nuda cogitatio strafen müßte (quanquam ad cogitationem animi nocens est .... dicamus cum poena eximendum esse), theils weil der Beweis des dolus in Rom vornämlich nur ex re geführt wurde, hiezu aber untaugliche Versuchshandlungen aller-

Digitized by Google

dings keine Handhabe boten, theils endlich, weil man ſelbſt auf dem römiſchen Standpunkte ſo argumentiren konnte: der dolus iſt das beſtimmende Princip für den Begriff des Verbrechens, die That nur die für ſich unweſentliche Erſcheinung; gleichwohl muß der dolus überhaupt äuſſerlich erſchienen ſeyn, damit ein Verbrechen vorliege; dieſe Erſcheinung muß nun aber, um den dolus erweiſen zu können, ihm auch wirklich adäquat ſeyn, ſie darf nicht auch als das ganz Unſchädliche gedeutet werden können, als factum voluntati contrarium [1]). Wie dem aber auch ſeyn möge, — denn ein Schwanken der römiſchen Jurisprudenz in dieſem Punkte iſt nicht abzuläugnen, — ſoviel iſt ſicher, daß in der Konſequenz des römiſchen Standpunkts die Beſtrafung der untauglichen Verſuchshandlungen liegt, wie dies denn auch Oerſted ganz richtig heraushebt. Nachdem nun das deutſche Recht ſeiner erſten naiven Geſtalt allmälig entwachſen war und das römiſche Princip in ſich aufgenommen und weiter entwickelt hatte, ſo konnte nun auch jene Konſequenz ſich ohne Gefahr entwickeln, da vermöge der bleibenden deutſchen Grundanſicht über die Weſentlichkeit des Thatmoments die Verwechslung des rechtlichen Standpunkts mit dem moraliſchen nicht mehr zu beſorgen war. Andrerſeits mußte nun aber freilich auch das deutſche Recht ſeine einſeitige Rückſicht auf den Erfolg aufgeben; insbeſondre mußte es die Rohheit abthun, Thatmoment und materiellen Schaden zu identificiren. Der Begriff der objektiven Seite mußte ſich idealiſiren zu dem Begriff der äuſſeren Erſcheinung der verbrecheriſchen Abſicht, und eben damit mußten alle Konſequenzen fallen, die nur die ungebildete

1) Vgl. auch Lelièvre Comm. de conatu. S. 119. Mittermaier N. Arch. X. S. 546. Bauer Abh. I. S. 381.

Materialität des früheren Standpunkts mit sich gebracht hatte, d. h. es mußte nicht nur der Begriff des Versuchs überhaupt entstehen, sondern auch, wenn dieser Begriff einmal entstand, konnte kein Unterschied zwischen tauglichen und untauglichen Mitteln gemacht werden. Diesen Fortschritt hat denn auch die Karolina mit der auf ihr fußenden Doktrin und Praxis gemacht, was freilich Mehrere nicht, oder nur mit Beschränkung anerkennen wollen [1]). — Diesem Fortschritte gegenüber ist nun die Feuerbachische Ansicht nichts Andres, als eine Repristinirung des altgermanischen Standpunkts und seiner materiellen Auffassung des Thatmoments, woraus folgerichtig die gänzliche Verwerfung alles strafbaren Versuchs sich ergiebt. Ob aber auch diesmal Feuerbachs Ansicht aus der Konsequenz seiner ganzen Theorie gerechtfertigt werden könne, darf stark bezweifelt werden. In dieser Konsequenz liegt es allerdings, das Verbrechen nicht als Unrecht an sich, sondern als gefährliche Handlung aufzufassen, von welcher mittelst des psychologischen Zwangs abgeschreckt werden muß. Offenbar ist nun auch der Versuch des Verbrechens eine gefährliche Handlung, und

1) Chog a. a. O. macht der hier vertheidigten Ansicht bedeutende Konzessionen, glaubt aber doch, die entgegengesetzte dadurch rechtfertigen zu können, daß die P. G. O. die in bloßen Worten (Drohungen) manifestirte Absicht nicht als Versuch prädicire, was doch der Fall seyn müßte, wenn sie auch objektiv ungefährliche Handlungen dazu hinreichen ließe. Allein der scharfsinnige Verfasser übersieht, daß Aeusserung in Wort und Aeusserung in That immer noch etwas Grundverschiedenes bleibt. Letzteres verlangt mit Recht die P. G. O. zum Versuch, während sie Ersteres nicht genügen läßt. Liegt aber eine That vor, in welcher der böse Wille sich äussere Existenz gegeben hat, so giebt Chog selbst zu, daß die Verhinderung der Vollendung ebenso vorhanden sei, wenn das Mittel an sich untauglich ist, als wenn es durch Zufall untauglich geworden ist.

Digitized by Google

eben deshalb zweifelt auch Feuerbach keinen Augenblick an der Strafbarkeit des Verſuchs überhaupt. Allein gerade aus ſeiner Geſammtanſicht folgt weiter, daß zwiſchen Tauglichkeit und Untauglichkeit der Verſuchshandlungen kein Unterſchied gemacht werden ſollte. Denn offenbar iſt es ja der böſe Wille, der den Menſchen gefährlich macht, und dieſer Wille iſt ebenſogut vorhanden bei der untauglichen, als bei der tauglichen Verſuchshandlung. Daß erſtere für ſich keinen Schaden hervorbringen kann, das macht gar nichts aus; denn auch die letztere thut dies nicht. Man ſtraft ja überhaupt dieſer Theorie gemäß nicht quia peccatum est, ſondern ne peccetur. Iſt der Zweck der Strafe nur der, die Bürger von gefährlichen Handlungen abzuſchrecken, ſo wird dieſer Zweck bloß halb erfüllt, wenn man nur die tauglichen Verſuchshandlungen ſtraft. Denn der dumme oder unbeſonnene Menſch, der ſich heute in ſeinem Mittel vergreift und ſtraflos bleibt, wird darin die größte Anreizung finden, morgen ein tauglicheres Mittel zu wählen. Aber nicht nur dies, auch das Wahnverbrechen ſollte nach Feuerbachs Grundanſicht für ſtrafbar gelten; er ſollte gerade dasjenige behaupten, was Oerſted gegen ihn ausführt. In der That hat denn auch Feuerbach in den früheren Ausgaben ſeines Lehrbuchs die entgegengeſetzte Anſicht gehabt. Ebenſowenig liegt aber andrerſeits Konſequenz darin, wenn Mittermaier, der Vertheidiger einer Gerechtigkeitstheorie, die Feuerbachiſche Anſicht adoptirt. Denn einer wahren Gerechtigkeitstheorie muß nichts mehr zuwider ſeyn, als die Auffaſſung des Verbrechens als gefährliche Handlung [1]). Die Sorge für

1) Unbegreiflich iſt, wie Trefurt N. Arch. 1838 S. 282, 293 vom Standpunkte der Hegel'ſchen Philoſophie aus die Feuerbach'ſche Anſicht annehmen kann. Allerdings iſt (ſ. ebend. S. 406) ſeine

die gefährlichen Handlungen als solche überläßt sie der Polizei. Im Gebiete des Strafrechts dagegen macht es für sie nichts aus, ob eine an sich unrechte Handlung objektiv gefährlich ist oder nicht. Freilich sind die sog. Gerechtigkeitstheorieen der letzteren Zeit sehr synkretistischer Natur, wie sie dies denn auch durch die Annahme des Epithetons: bürgerlich selbst aufrichtig eingestehen. In diesem Betracht ist es denn nicht zu verwundern, wenn Zachariä u. A., die solchen zusammengesetzten Theorieen huldigen, auch bei der hier zunächst vorliegenden Frage eine freie Distinktion anbringen, indem sie zwischen abstrakter und konkreter Zweckwidrigkeit unterscheiden. Man kann hier zuvörderst von dem Mißstand absehen, daß dieselben Fälle bei dem einen als Beispiele konkreter, bei dem andern als Beispiele abstrakter Zweckwidrigkeit aufgeführt werden [1]), oder daß der eine die Handlungen gegen untaugliche Objekte für strafbar, dagegen die mit untauglichen Mitteln für nicht strafbar ausgiebt, während der andre in beiden Punkten gerade das Gegentheil behauptet (Jordan und Lelièvre). Zachariä behauptet [2]), der wesentliche Unterschied zwischen einem bloß unzulänglichen und einem von Anfang an und seiner inneren Beschaffenheit nach untauglichen Mittel sei nicht

---

Bemerkung gegen Hepp vollkommen richtig, daß beim Versuch die objektive Seite nicht völlig zurücktrete. Aber auch bei der untauglichen Versuchshandlung liegt ja eine objektive Existenz des verbrecherischen Willens vor. Der Verfasser knüpft sehr richtig an den Irrthum an, aber er macht von dem richtigen Princip eine unrichtige Anwendung (S. 407), wie im bisherigen hinlänglich gezeigt ist.

1) Mittermaier N. Arch. IV. S. 105. Jordan de nonnullis cotrov. ad doctr. de Conatu. spect. p. 24. Kitka a. a. O. S. 173. Anm.

2) Vgl. Mittermaier N. Arch. I. S. 194.

Digitized by Google

ſchwer einzuſehen, und ebenſo verhalte es ſich mit dem Unterſchied zwiſchen einem an ſich möglichen, und einem an ſich unmöglichen Gegenſtande des Verbrechens, wenn gleich oft zweifelhaft ſeyn könne, ob ein beſtimmter Fall in die eine oder in die andre Kategorie gehöre. Man kann auch dies zugeben, und gleichwohl die Unterſcheidung für völlig indifferent halten, da es ſich im konkreten Falle doch immer nur von der konkreten Unmöglichkeit handelt. In der That iſt aber ein mit einem undurchdringlichen Panzer geſchützter Menſch ein ebenſo unmöglicher Gegenſtand der Tödtung, als ein bereits todter, und ein im Augenblick der Darreichung bereits paralyſirtes Gift iſt im konkreten Fall ebenſo ſchlechthin unwirkſam, als Zucker, der ſtatt Arſeniks gegeben wird. Auch das bloß unzulängliche Mittel, noch ſo oft in derſelben Weiſe widerholt, wird, wie Luden [1]) richtig ſagt, niemals das Verbrechen vollenden. Ja, wenn man dann einmal auf dieſer unnatürlichen Abſtraktion vom Willen beharren will, — ſo iſt die Handlung des Dolchzückens und Hineinbohrens doch wohl in ſich ſelbſt von gleich gefährlicher Natur, ob ſie nun das eine Mal an einem undurchdringlichen Panzer, das andre Mal an dem bereits eingetretenen Tod ihre Wirkſamkeit einbüßt. In beiden Fällen hat der Gegenſtand des Verbrechens eine Qualität an ſich, die gegenüber dem Handelnden Zufall iſt, die aber macht, daß die Handlung ihre Wirkung nicht entbinden kann. Daß der Verbrecher reuſſiren würde, wenn er das an ſich taugliche Mittel ein andres Mal auf taugliche Weiſe anwendete [2]), kann wahrhaftig nichts ausmachen. Denn

1) Luden Abh. I. S. 475, 476. Anm. Bauer Abh. I. S. 385. Vgl. Pfotenhauer über den Einfluß des Irrthums. S. 79, 128, 157, 189.

2) Zachariä I. S. 240 n. 2. Rossi Traité, II. 31.

man ſtraft ja nur das wirklich Gewordene, nicht das, was möglicher Weiſe hätte werden können. Auch gilt von dem, der Zucker ſtatt Gifts giebt, ganz daſſelbe; wenn er ein andres Mal das rechte Mittel ergreift, ſo wird er auch reuſſiren. Wenn daher Zachariä ſagt: „die Strafbarkeit des Verſuchs mit bloß unzulänglichen Mitteln ergiebt ſich von ſelbſt daraus, daß in dieſen Fällen der Thäter wirklich ein zur Vollbringung dienſtliches Mittel angewendet hat, deſſen Wirkſamkeit nur ein Zufall vereitelte," ſo iſt damit nichts gewonnen. Denn 1) iſt eben daſſelbe auch bei untauglichen Mitteln der Fall, daß durch einen Umſtand, der für den Handelnden in die Sphäre des Zufalls gehört, die Wirkſamkeit ſeiner an ſich durchaus gefährlichen Handlung vereitelt wird. 2) Wenn Zachariä ſagt, eine Handlung mit bloß unzulänglichen Mitteln ſei auch ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach mehr oder weniger geſetzwidrig, ſo iſt dies in der That nicht wohl zu begreifen. Denn geſetzwidrig iſt nur die Richtung einer Handlung auf das verbotene Ziel, keineswegs aber die äuſſere Beſchaffenheit der Handlung als ſolche. Behauptet man das Letztere, ſo darf man überall nur die wirklich vollendete Handlung für verbrecheriſch erklären; denn die bloß verſuchte, ſie ſei mit tauglichen oder untauglichen Mitteln verſucht, hat an ſich keine Rechtsverletzung hervorgebracht. Will man aber überhaupt einmal jenen materiellen Standpunkt aufgeben und auch Handlungen, die an ſich nicht rechtsverletzend werden, ihrer Richtung auf das verbotene Ziel wegen als Verſuche ſtrafen, ſo kann man nun vernünftiger Weiſe nicht mehr eine bloße Konſequenz jenes verlaſſenen Standpunkts nachſchleppen wollen; vielmehr muß man dann einſehen, daß eben dieſe Richtung auf das verbotene Ziel in beiden Fällen auf die gleiche Weiſe vorhanden, daß die konkrete

Handlung in beiden Fällen gleichwenig wirksam, daß in beiden Fällen an der äussern Beschaffenheit der Handlung, für sich genommen, gleich viel und gleich wenig Gesetzwidriges ist. 3) Eben dies ist aber der Grundfehler bei der Ausführung Zachariä's, daß hier aus zweierlei Principien argumentirt wird, ein Verfahren, das freilich bei der Aufstellung einer „bürgerlichen Gerechtigkeitstheorie" überall unvermeidlich ist. Einerseits wird hinsichtlich der unzulänglichen Mittel das ganz richtige Princip angewandt, daß eine in sich wirkungslos gebliebene Handlung doch für verbrecherisch angesehen werden müsse, weil in ihr ein bestimmter dolus sich manifestirt habe. Andrerseits fällt er hinsichtlich der untauglichen Mittel ganz und gar auf den materiellen Standpunkt des altdeutschen Rechts zurück, das die Willensseite ignorirt und nur die objektive Qualität der That berücksichtigt. Diese Unnatürlichkeit muß aber nothwendig durch Argumente verdeckt werden, die man nur schärfer in's Auge fassen wird, um sie als nichtig zu erkennen. Zachariä sagt mit Feuerbach, die Handlung müsse objektiv gefährlich seyn. Er giebt dafür nicht mehr den entscheidenden Feuerbachischen Grund an, der den Begriff des Versuchs überhaupt aufhebt. Er sagt nur noch, die Handlung müsse auch ihrer äusseren Beschaffenheit nach mehr oder weniger gesetzwidrig seyn. Daß damit nichts gesagt sei, wurde so eben gezeigt. Halten wir nun aber eben das Moment der objektiven Gefährlichkeit für sich fest, so entsteht sogleich die Frage, ob denn nur überhaupt mit irgend einem Rechte von der objektiven Gefährlichkeit einer Versuchshandlung, abgesehen von der darin ausgesprochenen subjektiven Gesinnung, gesprochen werden könne? Diese Frage muß aber verneint werden [1]).

1) Bei andrer Gelegenheit sagt Zachariä II. S. 241 wesentlich

Denn die Voraussetzung beim Versuch ist ja immer, daß die Handlung objektiv unschädlich gewesen sei, (d. h. wenigstens den beabsichtigten Schaden nicht hervorgebracht habe); eben damit zeigt sich aber jede Handlung, die bloß beim Versuch stehen bleibt, als eine bloß scheinbar gefährliche, und es erscheint deßhalb als völlig müßig und ungerechtfertigt, weiter darauf zu reflektiren, was noch ferner hätte geschehen können, wenn es nicht beim Versuch geblieben wäre. Wer ein an sich taugliches Mittel auf untaugliche Weise gebraucht, der ist objektiv ebensowenig ernstlich gefährlich, als wer von vorn herein ein untaugliches wählte. Beide Handelnden verwenden den Naturkausalismus auf eine ungeschickte Weise zum Dienst ihrer Absicht, und es ist eine ganz wunderliche Täuschung, wenn man meint, die Handlung des ersten sei an sich gefährlicher. Man stellt sich hiemit die Handlung als etwas nach nothwendigen Gesetzen Verlaufendes vor, während doch beim Versuch gerade das punctum saliens das ist, daß das handelnde Subjekt durch irgend eine Ungeschicklichkeit den naturgesetzlichen Verlauf seiner beabsichtigten Handlung selbst abbricht. Der Unterschied ist nur, daß diese Ungeschicklichkeit beim Einen früher eintritt, als beim Andern. Allein dieser Unterschied ist für die rechtliche Beurtheilung des Versuchs durchaus gleichgültig. Diese hat es in beiden Fällen nur mit dem wirklich Gewordenen zu thun, nicht mit dem, was hätte werden können; jenes ist aber in beiden Fällen eine unschädlich gebliebene Handlung. Wenn nun diese Handlung gleichwohl den Charakter des Verbrecherischen und Strafbaren haben soll, so kann dieß

dasselbe. Auch Mittermaier N. Arch. I. S. 169 beruft sich, übrigens ohne allen Beweis, auf jenes falsche Argument. S. dagegen Bauer Abh. I. S. 373, 374.

nur in der darin manifeſtirten verbrecheriſchen Abſicht, d. h. nur in der darin ausgeſprochenen ſubjektiven Gefährlichkeit liegen. Deshalb iſt denn allerdings kein Verſuch vorhanden, wenn ein Subjekt eine ſolche Abſicht nur zu haben meinte, während es ſie in Wahrheit nicht hatte. Dagegen wenn ſeine Abſicht in der That eine verbrecheriſche war, ſo muß es fernerhin ganz gleich ſeyn, worin der Grund lag, der die Handlung unſchädlich machte, vorausgeſetzt nur, daß er nicht in der freiwilligen Zurücknahme der Abſicht von Seiten des Subjekts ſelber lag. Denn immer war es der vom Handelnden ungeſchickt gebrauchte, nicht gehörig bemeiſterte Naturkauſalismus, der ſeine Abſicht in der objektiven Auſſenwelt Schiffbruch leiden ließ. Die von Zachariä, Roſſi und A. gemachte Unterſcheidung von untauglichen und bloß unzulänglichen Mitteln will daher nichts heißen. Die Forderung, daß die Verſuchshandlung auch ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach der bürgerlichen Geſellſchaft nachtheilig ſeyn müſſe [1]), hebt auch den Begriff des Verſuchs mit tauglichen Mitteln auf. Ueberhaupt aber macht ſich in der Forderung, daß die verbrecheriſche Erſcheinung, abgeſehen vom Willen, in ſich eine rechtsverletzende Qualität haben müſſe, ein rohes, von der poſitiven Rechtsbildung längſt überwundenes Princip geltend, dem vielmehr das Andere ſubſtituirt werden muß, daß das Thatmoment weſentlich, aber eben nur als Erſcheinung der verbrecheriſchen Subjektivität weſentlich ſei [2]). Die Behauptung, daß man hiemit

1) ſ. beſonders Romagnoſi u. Carmignani a. a. O., während Filongieri IV. 2. Kap. 37. a. E. gerade den entgegengeſetzten Schluß zieht.

2) Mit der „Vereinigung des ſubj. und des obj. Moments", wie ſie Zachariä II. §. 172 fordert, iſt nichts zu machen. Uebrigens

das Strafrecht mit der Moral verwechsle und auf die Bestrafung der nuda cogitatio komme, ist aber so wenig gegründet, daß vielmehr gesagt werden muß, daß nur nach der hier vertheidigten Ansicht die Gränze zwischen den gedachten Gebieten genau sich bestimmen lasse. Der Moral gehört eine Handlung an nach ihrer innerlichen Seite; sobald aber die schlechte Gesinnung sich auch äußerlich hervorgewagt hat, so hat sie damit den Boden des Rechts betreten; und sobald sie auf diesen Boden als Absicht, das an sich Unrechte zu bewirken, getreten ist, so liegt nicht mehr bloß eine immoralische Gesinnung, eine nuda cogitatio, sondern eine verbrecherische Absicht vor, die sich Existenz gegeben hat. Umgekehrt ist es schwer, sich einen Begriff von einem Unterschied zwischen Immoralität und Verbrechen zu machen, der von einem rein zufälligen Momente abhängen soll, nämlich von dem Mehr oder Minder der Unangemessenheit der äusseren Erscheinung zu der in derselben manifestirten Absicht. Eben in der unklaren Vorstellung über jenen Unterschied aber, in der sonderbaren Ansicht, daß das Verbrechen aus zwei Theilen bestehe, aus immoralischer Gesinnung, und äußerlich rechtsverletzender Handlung, daß daher die Bestrafung des bloß subjektiv Gefährlichen eine Ueberschreitung der Gränzen des Rechts sei, in diesen Voraussetzungen, die unmittelbar auf die Verwerfung des Versuchsbegriffs überhaupt hinführen, dreht sich die ganze Beweisführung von Zachariä in den §§. 125—130 herum. Denn den von Rossi geltend gemachten Grund, daß, was nicht vollendet werden könne, auch nicht angefangen werden könne, führt er

---

erkennt er die Rohheit der gedachten materiellen Auffassung II. S. 163. 164. selbst an.

Digitized by Google

nur im Schlepptau mit, weil ihm vielleicht ſelbſt das darin liegende Sophisma bedenklich war [1]). — Was nun von den untauglichen Mitteln gilt, das muß, wenn irgend Konſequenz ſtattfinden ſoll, auch von den untauglichen Objekten gelten, wie denn auch die Gegner für beide Fälle dieſelben Argumente brauchen [2]). Uebrigens iſt gerade in dieſer Beziehung noch an eine wichtige praktiſche Folge zu erinnern. Man denke ſich zwei Miturheber, die ohne vorausgegangener Verabredung einem Dritten das Leben nehmen wollten. Sie treffen zufällig zuſammen und ſchlagen zugleich los; der Streich des B. fällt aber erſt, nachdem der des A. bereits gefallen iſt und den Dritten getödtet hat. Hier muß der B. nach Zachariä's Anſicht ſtraflos bleiben, weil er an einem bereits Todten ſich verſucht hat. Wie vereinigt es ferner Z. mit ſeiner Anſicht über die untauglichen Verſuchshandlungen, daß er da, wo es zweifelhaft iſt, ob Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecheriſchen Handlung eingetreten ſei, unbedenklich Verſuch annimmt? Er ſagt: „Ueberall, wo ein ſolcher Zweifel eintritt, liegt die Wirkung juriſtiſch nicht vor, und es iſt nicht einzuſehen, warum es kein Verſuch des Verbrechens der Tödtung ſeyn ſoll, wenn z. B. wegen Unmöglichkeit der Sektion der Kauſalzuſammenhang zwiſchen Handlung und Erfolg wirklich unerwieſen iſt.“ Alſo dieſer Kauſalzuſammenhang iſt das eine Mal nöthig, das andre Mal nicht. Ein nicht exiſtirender Kauſalzuſammenhang

1) ſ. Luden Abh. I. S. 195 n. 1.

2) Chop a. a. O. ſucht allerdings beide Fragen zu trennen. Allein am Ende läuft doch ſeine Argumentation auch nur auf den eben angef. Grund von Roſſi hinaus, u. auch er verwechſelt das Objekt des Verbrechens als ſolches mit dem unmittelbaren Gegenſtand der Handlung.

Digitized by

ist doch aber einem juristisch nicht existirenden gleich! Und auch dann, wenn Jemand einen bereits Todten zu tödten versucht, „liegt Absicht zu tödten und mörderische Behandlung vor", wäre also ebensowohl strafbarer Versuch anzunehmen, als in dem von Z. S. 25 n. 1. angf. Fall. Wenn nun freilich im Gegentheil Z. die richtige Ansicht lächerlich zu machen sucht, weil sie darauf führe, theils den Ehemann, zu strafen, der bei seiner eigenen Frau schläft, während er eine fremde zu umarmen glaubt, theils solche zu strafen, welche einen Menschen todt beten wollen, — so ist zu erwiedern, ad 1), daß ein solcher Ehemann mit vollem Recht gestraft wird, wie auch Luden Abh. I. S. 199. Anm. ganz richtig ausgeführt. Es erscheint dieß auch in der That nur so lange befremdend, als man eben die ganz materielle Vorstellung vom Verbrechen hat, daß es einen äußeren Schaden hervorgebracht haben müsse. Hat man aber diese Vorstellung abgethan und faßt das Verbrechen in seinem Wesen auf, so wird man auch unter Ehebruch z. B. nicht dies verstehen, daß wirklich ein Ehegatte dem andern so zu sagen portionem quandam seminis entfremdet haben müßte, sondern man wird darin die Verletzung der ehlichen Treue sehen, die doch wahrlich auch in dem vorausgesetzten Fall vorhanden ist. Ebenso wird man den Diebstahl als Verletzung des Eigenthumsrechts, die Tödtung als Verletzung des Rechts auf das Leben auffassen, mithin das Verbrechen auch dann als existent annehmen, wenn Jemand dieses Recht an einem Gegenstand verletzen wollte, an dem es, ohne sein Wissen, zufällig nicht verletzt werden konnte, sobald er nur die bestimmte Absicht unverkennbar an den Tag gelegt hatte [1]). ad 2)

1) Luden Abh. I. S. 161. Anm. Bauer Abh. I. S. 389. 390.

Digitized by Google

ist zuzugeben, daß allerdings auch solche, die an sich ganz untaugliche Mittel anwenden, in so lange als Verbrecher behandelt werden müssen, als sie nicht als zurechnungsunfähig zu prädiciren sind. Die Versuche von Oersted u. A. [1]), dieser Konsequenz zu entgehen, sind gänzlich abzuweisen, und das Züricher Obergericht war mit seinem in den Anm. zum Hannövr. Entw. II. S. 133 angef. Urtheil völlig im Rechte. — Auch in dieser Frage übrigens haben die deutschen Gesetzgebungen [2]) fast durchgängig die richtige Ansicht ergriffen, und wenn die französische das Gegentheil anordnet, so hat das bei ihr dieselbe Ursache, aus welcher wahrscheinlich auch das Römische Recht seinem Principe ungetreu geworden ist. —

§. 121.

c) Endlich aber bestimmt sich das Verhältniß des Thatmoments zu dem Willensmomente näher dahin, daß in ersterem das letztere sich reflektirt und das Wesen darin ausmacht, daher das Thatmoment nur die Bedeutung der zwar an sich wesentlichen, für sich aber unselbstständigen Erscheinung hat. Darin liegt aber: 1) daß Unangemessenheit der äusseren Erscheinung eben nur eine Unvollständigkeit des äusserlich Erscheinenden seyn, keineswegs aber eine Unvollständigkeit in Beziehung auf den Begriff des Verbrechens selbst involviren darf, daß vielmehr

---

vgl. Kitka a. a. O. S. 177. wo freilich nicht die richtigen Konsequenzen gezogen sind.

1) Bauer Abh. I. S. 376. 377., während er früher das Gegentheil behauptet hatte. s. hierüber Mittermaier n. Arch. X. S. 553.

2) s. Mittermaier zu Feuerbach §. 42. n. 7. 8. besonders Hufnagel Kom. I. S. 143—147.

Digitized by Google

in der inadäquaten Erscheinung das volle Wesen einer bestimmten verbrecherischen Absicht erkennbar seyn muß, 2) daß eben deßhalb der verbrecherische Versuch erst da anfängt, wo eine solche bestimmte verbrecherische Absicht sich als solche äußerlich manifestirt hat. 3) daß die verbrecherische Erscheinung ihren Charakter als verbrecherischer Versuch wieder verliert, sobald das Wesen daraus hinwegfällt, d. h. sobald das handelnde Subjekt die verbrecherische Absicht freiwillig wieder aufgiebt (wodurch natürlich nicht ausgeschlossen wird, daß der bereits zu einer wirklichen, geringeren Rechtsverletzung gediehene Versuch als anderweitiges vollendetes Verbrechen gestraft werden kann).

Anm. 1) Im Versuch zeigt sich die Subjektivität als das Uebergreifende im Wesen des Verbrechens am prägnantesten. So wesentlich auch die objektive Seite der Handlung ist, so sehr sie in der Form des kulposen Vergehens sogar als das Ueberwiegende sich behaupten darf, so liegt es doch in der Natur des Verbrechens, als einer von der Freiheit producirten Handlung, daß alle Objectivität der Handlung ihre letzte, wesentlichste Bestimmtheit durch die darin ausgesprochene Subjektivität erhält, wie denn ja auch das Versehen seinen Charakter als Verbrechen nur durch seine Reduktion auf den Willen als wenigstens mittelbar bestimmendes Princip gewinnt. Eben jener Grundsatz aber, der in der Form des vollendeten dolosen Verbrechens als der vermittelten Einheit beider Seiten der Handlung wieder zurücktritt, stellt sich in der Form des verbrecherischen Versuchs in seiner ganzen Bedeutung hervor. Zur Totalität der Existenz des Verbrechensbegriffs gehört es allerdings, daß das volle Wesen auch vollständig in die Erscheinung getreten ist. Allein im Versuch wird es offenbar, daß dieses Wesen auch dann noch seine Macht ausübt, wenn es

Digitized by Google

sich in einer nur unangemessenen Erscheinung abspiegelt. Eben dies nun aber, daß die Subjektivität als das im Versuch erscheinende Wesen sich bestimmt, macht das Princip für die ganze Lehre vom Versuche aus, von welchem aus alle einzelnen Fragen ihre Beantwortung erhalten müssen. Dieses Princip lag schon der bisherigen Ausführung zu Grunde, indem sich erstens die formelle Absicht als das Bestimmende für den Begriff des Versuchs, zweitens die Erscheinung als das für sich Unselbständige erwies, wobei namentlich auch dies sich ergab, daß es gleichgültig sei, ob von der Erscheinung für sich schon die sog. objektive Gefährlichkeit ausgesagt werden könne oder nicht. Nachdem aber die einzelnen Momente des Begriffs sich für sich hervorgestellt haben, ist nun eben dieser Begriff in seiner Totalität näher zu betrachten und in seine Konsequenzen zu entwickeln. Dies geschieht im obigen §en. Der Versuch ist die nicht vollständig äußerlich gewordene, in sich vollkommene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen. Hierin liegt denn, daß die äussere Erscheinung beim Versuch das an sich Unselbständige ist, was seinem verbrecherischen Charakter eben nur durch das in ihm erscheinende Wesen, die verbrecherische Absicht, erhält [1]). Daraus ergeben sich aber von selbst die drei oben aufgestellten Forderungen.

a) Ein bloßer Mangel am Thatbestande [2]) ist nicht sogleich auch verbrecherischer Versuch. Zachariä I. §. 15—19 führt dies in Beziehung auf das Resultat ganz gut aus, jedoch fehlt es an der Zurückführung auf den wahren Grund. Es ist sehr richtig bemerkt,

1) Luden Abh. II. S. 201. vgl. 192. 193.

2) Vgl. Mittermaier im N. Arch. VI. S. 355. Hufnagel Kom. I. S. 124.

Digitized by

daß Vollendung und Summe des Thatbestands nicht identificirt und so als Gegensatz dem Versuche entgegengestellt werden dürfen, da sonst als verbrecherische Versuche auch solche Fälle gelten müßten, in welchen der Handelnde es gar nicht auf die Realisirung des Verbrechens in seinem bestimmten vollen Begriffe abgesehen hatte. Allein der Ausweg, den nun der Verf. nimmt, hat etwas Schiefes, sofern er in Wahrheit nur auf diejenige Art des Versuches paßt, welche durch die Unterbrechung der Handlung in ihrem successiven Verlaufe entsteht, obgleich im §. 17 wiederum ganz richtig der Versuchsbegriff auch auf diejenigen Fälle angewandt wird, wo a) entweder die Wirkung deshalb nicht eingetreten ist, weil sie mit dem angewendeten Mittel oder an dem zu verletzenden Gegenstande nicht hervorgebracht werden konnte, oder b) wo es zweifelhaft ist, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecherischen Handlung eigetreten sei. (Hinterher will freilich der Verf. ad a) keinen strafbaren Versuch angenommen wissen [1]), während er ad b) keinen Zweifel darüber hat). Z. will nämlich, daß statt Vollendung lieber Beendigung des Verbrechens gesagt werde, d. h. er legt alles Gewicht auf den zeitlichen Verlauf (Endpunkt). Eben damit ist aber keineswegs das Richtige getroffen. Denn einerseits ist damit nur für die eine Art der Versuchs-Handlungen Vorsorge getroffen, andrerseits ist auch für diese nicht der schlagende Grund angegeben. Der Unterschied des Versuchs vom Mangel im Thatbestand ist nicht in der Sphäre der äußeren Erscheinung, sondern in der Subjektivität zu suchen. Er liegt einfach darin, daß zum Versuch die volle Absicht, d. h. die den gesammten Thatbestand des Verbrechens umfassende

1) s. übrigens auch Zachariä II. S. 28. n. 1.

Digitized by Google

Absicht gehört, während ein bloßer, nicht als Versuch zu behandelnder Mangel am Thatbestande dann vorliegt, wenn die Absicht nicht den vollen Begriff des Verbrechens in sich schloß (in welchem Falle dann entweder gar kein Verbrechen, oder wenigstens ein anderes existirt [1]).

b) Ebenso folgt aus demselben Principe die Beantwortung der Frage nach dem Anfangspunkte des strafbaren Versuchs. Was das positive Recht betrifft, so ist bekannt, daß das römische Recht [2]) auch bloße sog. Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedrohte; und der neuerdings erhobene Streit betrifft nur die Frage, ob darin ein allgemeiner Grundsatz anzuerkennen sei, oder nicht. Der Streit scheint übrigens ziemlich unfruchtbar, da nach dem sporadischen Zustand der Quellen sich wohl nie ein absolut entscheidender Grund für die eine oder die andre Meinung wird hervorstellen lassen. Indessen ist nicht wohl zu begreifen, was sich diejenigen, welche hier und anderswo im römischen Strafrechte keine Regel und kein Princip anerkennen, als den Geist dieses Rechts vorstellen mögen. Weiter, als das römische, geht das kanonische Recht, dessen Tendenz dahin geht, selbst die böse cogitatio für strafbar zu erklären [3]); diese Tendenz konnte freilich nirgends praktisch sich geltend machen, wo die Kirche über das innere forum hinausging und bürgerliche Strafbestimmungen gab; um so gewisser aber

---

1) Kleinschrod System. Entw. 1. §. 33. 34. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 97.

2) A. M. ist Luden. s. jedoch Zachariä II. S. 5. 6. Anm. 2. vgl. Wächter I. §. 85. n. 67. 19. Cropp S. I. S. 51—66. S. II. Welcker Letzte Gründe, S. 555. Lelièvre a. a. O. S. 107. ff. Simoni dei deletti I. S. 27—72.

3) s. das Zeugniß des Gandinus bei Luden Abh. I. S. 404. ꝛc.

mußte die Kirche den Standpunkt des römiſchen Strafrechts auch zu dem ihrigen machen. Dieſer Anſicht leiſtete auch keineswegs, wie es oft dargeſtellt wird, der ſogen. objektive Geiſt des germaniſchen Rechts Widerſtand. Im Gegentheil finden wir ja ſchon in frühen germaniſchen Rechtsquellen den Verſuch, und zwar ſchon den entfernten, ſogar ſchon als Verſuch, d. h. nach Maßgabe des vollendeten Verbrechens beachtet und mit Strafe bedroht [1]). Und eben zu dieſer höheren Ausbildung wurde im Laufe der Zeit das geſammte germaniſche Recht durch den Einfluß der Kirche erzogen. Nur den römiſchen Grundſatz, daß der Verſuch eben ſo harte Strafe verdiene, als die Vollendung, hat im germaniſchen Recht von jeher eine generalis consuetudo abgewieſen. Dagegen zweifeln auch die Schriftſteller und Praktiker am Ende des Mittelalters, die an der Vermittlung des klaſſiſchkirchlichen Rechts mit germaniſchen Rechtsanſichten arbeiteten, keineswegs daran, daß ſchon der entfernte Verſuch ſtrafbar ſei, da ſie vielmehr nur die Regel der gleichen Strafbarkeit des Verſuchs mit der Vollendung, an welche ſie durch das römiſche Recht ſich gebunden glaubten, auf den Fall des conatus proximus beſchränkten. Zachariä I. §. 118. 119. ſcheint dies zwar, zum Theil in offenem Widerſpruch gegen die in den Noten angef. Stellen, nicht zugeben zu wollen; aber nach ſeiner genaueren Ausführung, II. §. 154—157 kann es keinen Zweifel leiden. Und, wenn es allerdings Schriftſteller gab, welche zum conatus remotus ſchon ſehr weit vorgeſchrittene Verſuchungshandlungen rechneten, ſo gab es auch ſolche, die umgekehrt ſchon das cum telo ambulare als conatus proximus aufführen (Angelus Are-

1) Wilda Strafrecht der Germanen. S. 599—608.

tinus). Ebensowenig kann geläugnet werden, daß die deutsche Doktrin, welche sich auf der Grundlage der Karolina ausbildete, die Strafbarkeit auch entfernter Versuchshandlungen nie bezweifelt hat [1]). — Erst Mittermaier [2]) hat neuerdings die Behauptung verfochten, daß solche Akte noch nicht für bürgerlich strafbar angesehen werden dürfen, und es ist ihm hierin, ausser Bauer, namentlich Zachariä in ausfürlicher Erörterung nachgefolgt (I. §. 105—114). Die Beweisführung ist folgende: die Sicherung des Rechtszustands erheische auch dann Strafe, wenn nur mit der Gesetzesübertretung begonnen sei, niemals aber früher; denn Gegenstand des bürgerlichen Strafrechts seien nur äussere, und zwar nur objektiv gefährliche (äusserlich erkennbar gesetzwidrige) Handlungen. Dahin gehöre aber immer erst die begonnene Haupthandlung. Wer dagegen schon Vorbereitungshandlungen strafen wolle, der komme konsequent auf die Bestrafung des bloßen Entschlusses. Solche, an und für sich unschuldige Handlungen können nie den Beweis liefern, daß der Handelnde den festen Willen gehabt habe, die Ausführung auch wirklich zu beginnen. Auch seien derlei Handlungen der Zeit nach von der Ausfüh-

1) Zachariä a. a. O. II. §. 158—162.

2) N. Arch. I. S. 168 169. II. S. 604 ff. IV. S. 20 ff. X. S. 549. vgl. die bei ihm citt. Schriften von Bauer, Brouwer, Lelièvre, Wintgens, Mittermaier not. 6. zu Feuerbach §. 42; bes. Kitka a. a. O. S. 180 ff. Rossi II. S. 268. Carmignani III. S. 311. Hellie II. S. 13. Dagegen bes. Oersted Abh. II. S. 150 ff. Roßhirt zwei krim. Abh. S. 129. Pfotenhauer über den Einfluß des Irrthums S. 46. In Beziehung auf das östreichische Gb. s. gegen Kitka die Ausführung von Jenull I. S. 128—133. 271—276 u. Kitka's eigene Ausführung über die „Bemüh-Bestreb-Anmaßung" der Theres. GO. Art. 13. §. 2. u. das Josephin. Strafgb. I. §. 9.

rung entfernt; der Verbrecher müsse sich erst noch in den, eine wirkliche Uebertretung des Gesetzes enthaltenden, Zustand versetzen, sein Wille könne sich noch ändern. — Allein eben der Hauptgrund, daß eine Handlung, um bürgerlich strafbar zu seyn, objektiv gefährlich seyn müsse, wurde schon oben als gänzlich verwerflich und vielmehr zur gänzlichen Negation alles strafbaren Versuchs führend aufgezeigt. Dazu kommt aber noch, daß hier mit der äussersten Willkühr behauptet wird, erst die begonnene Haupthandlung sei objektiv gefährlich, habe eine äusserlich erkennbare gesetzwidrige Beschaffenheit. Zwar lassen sich nicht alle vorläufigen Anstalten, welche Zachariä §. 106 zusammenstellt, wirklich unter den Begriff verbrecherischer Vorbereitungshandlungen, subsumiren; aber ganz gewiß ist dieß doch der Fall theils mit solchen Handlungen, „welche in der Anschaffung und Zubereitung der zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Kräfte, Mittel und Werkzeuge bestehen, theils mit solchen, welche vorgenommen werden, um sich in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen physischen Zustand zu versetzen." Von solchen Handlungen kann ganz mit demselben Rechte, wie von den schon weiter vorgeschrittenen, gesagt werden, daß sie objektiv gefährlich seien und eine Uebertretung des Gesetzes enthalten. Man muß nur allgemeine verbrecherische Projekte, vorläufige Anstalten zu noch unbestimmten Zwecken wohl unterscheiden von den vorbereitenden Handlungen behufs der Ausführung eines bestimmten verbrecherischen Plans [1]). Nur von jenen kann

1) Feine, aber etwas allzufeine Bemerkungen s. bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 276—298, wo insbesondere die wiederholt behauptete Uebereinstimmung mit Luden auffällt. s. besonders Jenull östr. Krim. Recht I. S. 273. Anm.

Digitized by Google

— wiewohl immer noch unschicklich — der Ausdruck: unschuldig gebraucht und gesagt werden, sie liefern für sich noch nicht den Beweis des festen Willens, ein bestimmtes Verbrechen auch wirklich auszuführen, wozu immer noch ein besondrer Entschluß erforderlich sei; keineswegs aber von den letzteren. Denn eine Handlung, die im Dienste einer bestimmten verbrecherischen Absicht unternommen wird, tritt eben damit aus der Reihe der indifferenten Handlungen heraus; eine solche ist nie mehr unschuldig. Die Behauptung aber, daß es nach der Anschaffung der Mittel noch eines besondern Entschlusses zur Ausführung bedürfe, ist durchaus willkürlich: es bedarf nur einer Festhaltung des ersten Entschlusses, der schon der Anschaffung der Mittel vorherging; und eben dieß ist auch in dem Stadium von dem Anfang der Ausführung der Haupthandlungen bis zu deren Vollendung noch der Fall, oder man könnte wieder mit demselben Rechte sagen, auch hier bedürfe es noch einer Reihe neuer, besondrer Entschlüsse. Ganz ebenso verhält es sich mit der Behauptung, daß die Vorbereitungshandlungen der Zeit nach von der Ausführung entfernt seien, daß der Handelnde seinen Willen noch ändern könne. Ersteres ist, wie sich von selbst versteht, ganz indifferent; letztres aber kann wiederum mit demselben Rechte von allen Versuchshandlungen bis zur Vollendung des Verbrechens hin gesagt werden. In der That ist es auch ganz vergebliche Mühe, nach einem Grunde suchen zu wollen, vermöge dessen erst mit dem Beginn der Haupthandlung die Strafbarkeit des Versuchs beginnen sollte. Daß schon die Vorbereitungshandlungen zu einem bestimmten Verbrechen Versuch seien, wird von den Gegnern selbst eingeräumt. Ist dem aber so, so ist von hier an der Fortschritt bis zur Vollendung ein bloß quantitativer; es

Digitized by Google

können daher zwar verschiedene Grade oder Stufen von da an gedacht werden; aber woher soll ein qualitativer Unterschied von der Stärke kommen, daß er das Mehr dem Gebiete der Strafbarkeit, das Minder dem Gebiete der Strafloſigkeit zuwieſe? Aus dem Begriffe des Verſuchs ſelbſt nicht, wie die Gegner zugeben, — eben deshalb fallen denn die ſo eben angef. Behauptungen, daß nach der Anſchaffung der Mittel ein neuer Entſchluß vonnöthen ſei, daß der Handelnde ſeinen Willen noch ändern könne ꝛc., von ſelbſt dahin. Es bleibt daher nichts übrig, als einen ſolchen Grund von auſſen herbeizuziehen, und hier muß denn eben die zweideutige Bequemlichkeit einer ſynkretiſtiſchen Theorie (der „bürlichen" Gerechtigkeits-Theorie, d. h. einer relativen abſoluten Theorie) wiederum ihre Dienſte thun. Es reducirt ſich Alles wieder auf den Satz, daß eine Handlung, um ſtrafbar zu ſeyn, für ſich ſelbſt objektiv gefährlich ſeyn, in ſich ſelbſt die erkennbare Uebertretung eines Geſetzes enthalten müſſe. Abgeſehen von dem bereits oben hiegegen Ausgeführten, mag hier nur auf dies aufmerkſam gemacht werden: Nimmt man einmal die Handlung, mit Abſtraktion von der Subjektivität, als objektive Erſcheinung für ſich, ſo kann überall nur von der vollendeten Handlung geſagt werden, daß ſie die geſetzwidrige Beſchaffenheit habe; es müſſen dann dieſer vollendeten Handlung gegenüber alle bloßen Verſuchshandlungen, die näheren wie die entfernten, als — in Beziehung auf den Begriff des beſtimmten Verbrechens — indifferente, unſchuldige Akte prädicirt werden, wie denn auch das germaniſche Recht auf dem Standpunkte ſeiner Kindheit, wie er ſich noch in einigen der älteſten Rechtsquellen zeigt, allerdings dieſe Konſequenz gezogen hat. Sagt man ſich dagegen von jenem Standpunkt

Digitized by Google

los, d. h. nimmt man die äuſſere Handlung nur als die Erſcheinung des in ihr hervortretenden ſubjektiven Weſens, ſo hat man nun allerdings überhaupt erſt das Recht, von einem verbrecheriſchen Verſuche zu reden, aber man hat nicht auch das Recht, den Anfang dieſes verbrecheriſchen Verſuchs willkührlich erſt mit dem Beginne der Haupthandlung zu ſetzen. Denn wenn jener Begriff überhaupt Realität hat, ſo muß jede in äuſſerer Handlung ſich manifeſtirende Ankündigung der verbrecheriſchen Abſicht darunter fallen, da keine ſolche Handlung mehr indifferent oder unſchuldig, ſondern eben durch ihren ſubjektiven Inhalt bereits objektiv geſetzwidrig iſt [1]). Unter ſolche Akte iſt allerdings die bloße Drohung mit Begehung eines Verbrechens nicht zu rechnen, da in dieſer lediglich der Entſchluß geäuſſert, keineswegs aber ein Anfang mit der thatſächlichen Hervorbringung des Verbrechens gemacht wird. Ebenſowenig ſind dahin vorläufige Anſtalten zu zählen, die erſt zur Bildung einer beſtimmten verbrecheriſchen Abſicht führen ſollen, z. B. Handlungen, „wodurch ſich der Thäter von der Möglichkeit und Sicherheit der Ausführung zu vergewiſſern oder eine paſſende Gelegenheit zur Verübung zu erhalten ſucht." Eben deshalb iſt es auch ganz irrig, wenn Zachariä meint, wer die Strafbarkeit des entfernten Verſuchs behaupte, der müſſe auch ſolcherlei Dinge ſtrafbar finden. Vielmehr ſetzt der Begriff des Verſuchs an ſich ſchon die beſtimmte Abſicht eines beſtimmten Verbrechens voraus, und beginnt dann, wenn mit der Hervorbringung dieſes beſtimmten Verbrechens irgendwie thatſächlich der Anfang gemacht wird,

1) S. auch Luden Abh. I. S. 282—285, der dies gegen Mittermaier ausführt, aber freilich ſeiner eigenen Ausführung wieder untreu wird.

Digitized by Google

namenttich alſo mit ſolchen Akten, welche in der Anſchaffung und Zubereitung der hiezu nothwendigen Mittel, Kräfte und Werkzeuge beſtehen [1]). Hat man dies wohl im Auge, ſo fällt auch das vermeintliche politiſche Bedenken weg, daß die gleichgiltigſten und unſchuldigſten Handlungen zur Verhängung eines Kriminalproceſſes genügen würden. — So wenig, als in der Begründung ſeiner Anſicht, iſt übrigens Zachariä in der Abweiſung der dagegen erhobenen Einwendungen glücklich. Denn, was die erſte betrifft, daß es für den rechtlichen Zuſtand gefährlich ſei, Strafloſigkeit der Vorbereitungshandlungen anzunehmen [2]), ſo liegt ja dieſe in der Konſequenz von Zachariä's eigenen Principien. Seine bloße Verſicherung, daß in der Vorbereitung einer verbotenen Handlung noch keine Uebertretung des Geſetzes liege, kann den Widerſpruch ſo wenig zudecken, als die fernere, neuen Widerſpruch mit ſeinen Grundprincipien involvirende, Behauptung, daß die Gefährlichkeit der Handlung noch kein Strafrecht begründe, ſondern erſt ein mit der Handlung ſelbſt ihrer äuſſeren Beſchaffenheit nach begonnener Eingriff in den rechtlichen Zuſtand. Denn eigentlich wird doch hier die Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen zugegeben, welche an andern Orten für das Kriterium der bürgerlichen Strafbarkeit ausgegeben wird; gleichwohl ſoll dies Kriterium hier wieder nicht genügen. Solche Inkonſequenz iſt aber freilich wohl begreiflich, wenn man bedenkt, daß nach den Prämiſſen Zachariäs über die objektive Beſchaffenheit der Handlung konſequenter Weiſe überall kein bloßer Verſuch für ſtrafbar dürfte

1) Die Vertheidiger der entgegengeſetzten Anſicht ſchwanken übrigens ſelbſt bedeutend über die Grenze im beſtimmten Fall, wie eine Vergleichung Zachariäs mit Mittermaier, Kitka u. A. zeigt.

2) Oerſted Prüfung des bair. Entwurfs. S. 153, 154. (Abh. Bd. II.)

Digitized by Google

gehalten werden, mithin jede innerhalb des Verſuchsgebiets ſelbſt geſteckte Grenze nothwendig willkührlich und haltlos ſeyn muß. Zu dieſer Willkühr nöthigt aber eben wieder die ſynkretiſtiſche Zweideutigkeit des Grundprincips, welche die Gefährlichkeit der Handlung zum Hauptmoment ſtempelt, und hier offenbar die Gefährlichkeit nicht in dem beſchränkten Sinne von objektiver Gefährlichkeit (der in der That auch kein Sinn iſt), ſondern in dem gut Feuerbachiſchen Sinne nimmt. Gerade dieſem Sinne aber iſt es durchaus gemäß, die Grenzen zwiſchen Sicherungsrecht und Strafrecht zu verwiſchen; wenn mithin aus dieſer Verwiſchung Zachariä den Gegnern einen Vorwurf macht, ſo trifft er mit dieſem Vorwurfe ſich ſelbſt, ſo ſehr er auch in der Sache ſelbſt Recht hat; denn — allerdings, die Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen iſt nicht der Rechtsgrund ihrer Beſtrafung, ſondern lediglich ihre verbrecheriſche Natur. — Die zweite, von Zachariä bekämpfte Einwendung beſteht in der praktiſchen Unbrauchbarkeit ſeiner Unterſcheidung. Hier hat er nun zwar allerdings Recht, wenn er den Vorwurf den Gegnern zurückgiebt, indem er nachweist, daß ſie ja doch denſelben Unterſchied auch bedürfen, um die Grenze zwiſchen entferntem und nahem Verſuche zu bezeichnen. Um ſo gewiſſer offenbart ſich aber die Haltungsloſigkeit ſeiner Anſicht darin, daß er ſelbſt gleichwohl bei einer Reihe von Verbrechen nun doch die Vorbereitungshandlungen ausnahmsweiſe mit Strafe bedroht haben will. Und, wenn er zur Rechtfertigung hievon ſagt: es ſei wohl zu beachten, daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungshandlungen aufgefaßt worden ſeien, doch wegen der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Verbrechens den Charakter von Handlungen der Ausführung erhalten können, ſo iſt dies wohl offenbar nur wieder

Digitized by Google

eine höchst willkührliche, überdies in sich selbst unklare Versicherung. Auch kann immer zum Vortheil der Gegner noch angeführt werden, worauf Z. selbst S. 215 n. 2 in Beziehung auf das französische Recht aufmerksam macht, daß ein schwankender Unterschied weit gefährlicher ist, wenn er die Grenze absoluter, als wenn er bloß eine Grenze relativer Strafbarkeit bezeichnen soll. — Wenn sich übrigens Zachariä wiederholt auch auf die Anerkennung seiner Ansicht in der neuen wirtembergischen Strafgesetzgebung beruft, so ist hierüber nur zu bemerken [1]), daß eben die gesetzgebenden Faktoren in Wirtemberg vornämlich nur aus politischen Gründen sich zur Annahme der Mittermaier'schen Ansicht bequemten, während nicht nur wiederholt die theoretische Ueberzeugung von der Strafbarkeit des entfernten Versuchs ausgesprochen, sondern auch überdies die Regel von der Strafosigkeit der Vorbereitungshandlungen sogar praktisch wieder durch eine sehr ansehnliche Reihe von Ausnahmen beschränkt wurde.

c) Daß ein Versuch, von welchem der Thäter freiwillig wieder abstand, straflos sei, (— d. h. als Versuch des beabsichtigten Verbrechens, während in dem etwa bereits Hervorgebrachten allerdings ein strafbares vollendetes anderweitiges Delikt liegen kann), — das haben schon die italienischen Praktiker unbedenklich aus dem römischen Rechte mit Beweisen belegen zu können geglaubt [2]). Ob dies freilich mit Recht geschehen sei, ist neuerdings bestritten worden [3]), jedoch auf eine Weise,

1) Hufnagel Komm. I. S. 126. S. auch Mittermaier n. 6 zu Feuerbach §. 42.

2) Zachariä II. §. 274, 275.

3) Derſ. a. a. O. §. 269—273. Und Luden Abh. I. S. 271—279. Dagegen Jordan l. c. p. 30. Mittermaier N. Arch. X. S. 546. und Hiddema a Jongsma ib. etc.

Digitized by Google

die nicht überzeugen kann. Namentlich hängt die Beweisführung von Luden auf's Engste mit andern höchst willkührlichen Behauptungen desselben zusammen, welchen Zachariä seinerseits entschieden entgegentritt, wie namentlich mit der, daß das römische Recht überall nur den nächsten Versuch als strafbar anerkannt habe; (ferner mit seiner Behauptung, daß nach römischer Ansicht der dolus überall nur ex re habe bewiesen werden können ꝛc.) Beide müssen aber freilich schon zu Folge ihrer Grundansicht über die Behandlung des Versuchs im römischen Rechte die Bestreitung jenes allgemein angenommenen Satzes versuchen, sofern nach gedachter Ansicht das römische Recht die materiellen Versuchshandlungen, welche es hervorhebt, formell als vollendete Verbrechen behandelt. Denn unter dieser Voraussetzung müßte jener Grundsatz auch für materiell vollendete verbrecherische Handlungen gegolten, d. h. das römische Recht müßte in der Reue einen allgemeinen Grund der Strafloſigkeit gesehen haben. Allein eben das ist bedenklich, daß dem römischen Rechte überall ein so hoher Grad von Princip- und Systemloſigkeit zugetraut werden soll. Sieht man im Gegentheil in den vom römischen Rechte mit Strafe bedrohten Versuchshandlungen nur konkrete Anwendungen des Grundsatzes, daß bei den öffentlichen Verbrechen der Versuch der Vollendung gleich zu strafen sei [1]), so stimmt es damit immer noch wohl zusammen, daß man einen freiwillig aufgegebenen Versuch für straflos halten konnte. Denn, wenn es allerdings Princip war, daß der absolute Grund der Strafbarkeit der irgendwie thatsächlich manifestirte dolus sei, so hieng es damit wohl zusammen, daß

1) S. auch Mittermaier (gegen Lelièvre und Sanio) N. Arch. X. S. 546.

Digitized by

die rückwärts geschehene Annullation dieses dolus als ein Strafaufhebungsgrund angesehen wurde. In dieser Beziehung mußte man dann allerdings den Versuch im Unterschiede von der Vollendung denken, während man diesen Unterschied hinsichtlich der Strafbarkeit des nicht wieder zurückgenommenen dolus praktisch nicht zur Geltung brachte. Allein dies hat nichts Verwunderliches, wie denn auch das französische Recht unsrer Tage ganz dieselben Grundsätze [1]) befolgt. Ist es aber schon von allgemeinerem Standpunkt wahrscheinlicher, daß die bisher allgemeine Ansicht über das römische Recht die richtige sei, so ist die durchweg gekünstelte Beweisführung aus einzelnen Stellen [2]), wie sie von den Gegnern versucht wird, gewiß nicht geeignet, ihrem Einspruch Gewicht zu geben. Gerade der Grundsatz, von welchem es sich hier handelt, ist einer von denen, welche sich im deutschen Rechte nur mit Hilfe des fremden Rechts entwickeln konnten, weil er, dem objektiven germanischen Gesichtspunkte entgegengesetzt, die konsequente Durchführung des Princips der Subjektivität voraussetzt, wie sie eben im römischen Rechte vorlag und aus ihm durch das kanonische Recht und die italienische Jurisprudenz auf den empfänglichen Boden des deutschen Rechts herübergetragen wurde. In der That sehen wir denn auch von Zachariä und Luden selbst den Beweis dafür geliefert, daß die italienische Jurisprudenz, welche von der Glosse an die Anerkennung des fraglichen Grundsatzes durch das römische Recht nicht bezweifelt hatte, die Autorität für die Aufnahme desselben in die Karolina gewesen sei. — Eben weil nun die

1) Hellie II. S. 16.

2) Dabei werden von Zachariä namentlich Argumente verworfen, die er bei Gelegenheit der P. G. O. selbst gebraucht. II. §. 277.

Digitized by Google

Karolina in diesem Punkte sich auf ganz unzweifelhafte Weise ausspricht, so ist die Giltigkeit des Grundsatzes auch seitdem von der deutschen Doktrin fast allgemein behauptet worden [1]); und auch die Dissentienten haben das Zurücknehmen der Absicht wenigstens als Strafmilderungsgrund passiren lassen [2]). — Dagegen läßt sich nicht sagen, daß auch der wahre Grund jenes Satzes von der deutschen Doktrin allgemein anerkannt worden sei, da vielmehr in der Regel nur aus kriminalpolitischen Rücksichten [3]) abgeleitet wird, was aus Rechtsgründen gerechtfertigt werden sollte. Der rechtliche Grund ist aber derselbe, aus welchem auch die Konsequenzen a und b abgeleitet worden sind; und bei dieser Frage wenigstens hat nun auch bei Zachariä II. §. 255, 256, dieser Grund seine vollständige Anerkennung gefunden. Ganz mit Recht sagt er nämlich: „Gehen wir davon aus, daß zur Strafbarkeit des Versuches theils eine äussere Thätigkeit, theils, und hauptsächlich, der auf Uebertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich ist, so muß nothwendig die Strafbarkeit getilgt werden, sobald das eine oder andre dieser Requisite rückwärts annullirt wird. Hinsichtlich der äusseren Thätigkeit ist dies nun freilich unmöglich; was einmal geschehen ist, kann nicht ungeschehen gemacht werden; und ebenso kann da, wo

---

1) Zachariä II. §. 279—282. Wächter I. §. 86 n. 70. Mittermaier n. 5 zu Feuerbach §. 42.

2) Grolman §. 169. Tittmann Handbuch I. §. 98. Oersted Grundregeln S. 159 ff.

3) Bauer Abh. I. S. 355—364. Jenull I. S. 134. Kitka a. a. O. S. 192—194. Vgl. mit Mittermaier N. Arch. I. S. 199, 200, der hier eben aus demselben falschen Grunde argumentirt, aus welchem er die untauglichen Versuchshandlungen für straflos erklärt.

Digitized by Google

der Wille des Menschen das Ziel erreichte, welches der Zweck seiner Thätigkeit war oder dafür angesehen werden muß, und eine durch den Willen und die daraus hervorgegangene äussere Thätigkeit oder deren Folgen als ein in sich abgeschlossenes und vollendetes Ganzes erscheinende Handlung vorliegt, von einer Annullation des Willens keine Rede seyn. Anders ist es dagegen, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen bleibt, und den seine bisherigen Schritte leitenden Willen ändert oder aufgiebt; hier wird der vorhanden gewesene Wille rückwärts bedeutungslos [1])". Nur freilich verliert diese Argumentation an ihrem Gewicht am Ende einer Ausführung, die bei allen andern Hauptfragen dem objektiven Momente beim Versuch eine ungebührlich überwiegende Stellung giebt und erst hier die Wahrheit offen bekennt, daß das Wesen des strafbaren Versuchs hauptsächlich durch den darin hervortretenden bösen Willen bestimmt werde. Eben deshalb sucht denn Z., freilich ohne Noth, noch andre Unterstützungsgründe für das bereits Bewiesene, z. B. daß der freiwillig vom Versuch wieder Abstehende keinen festen und beharrlichen Willen zeige, — was sonderbar lautet, wenn vorher gesagt ist, daß derselbe seinen vorhanden gewesenen Willen durch die Zurücknahme rückwärts annullire, ferner daß kriminalpolitische Rücksichten dafür sprechen, — die denn, wie

1) Mit Unrecht findet hier Bauer a. a. O. eine petitio principii. Er sagt: Geschehenes könne nicht ungeschehen gemacht werden, was auf eine scharfsinnige Weise Chop a. a. O. S. 533. 534 gegen ihn aufgreift. Daß übrigens Chop irre, wenn er meint, die Vertheidigung der Strafbarkeit untauglicher Versuchsakte beruhe auf gänzlicher Abstraktion von der objektiven Seite, daß daher seine eben gedachte Argumentation unsre Ausführung nicht trifft, wurde schon oben gezeigt.

Digitized by Google

dies mit allen Zweckmäßigkeitsgründen der Fall ist, von andern Seiten wieder in Zweifel gezogen werden. — Es genügt aber ganz und gar an dem Einen Grunde, daß das Wesen in dem Versuche die böse Absicht ausmacht, daher die äussere Erscheinung aufhört, auf jenes Wesen hinzuzeigen, sobald dasselbe daraus hinweggezogen wird. Eben daraus ergiebt sich auch, warum nur das freiwillige Abstehen vom Versuche die verbrecherische Qualität aufhebt, nicht aber auch die Reue nach bereits vollendetem Verbrechen, z. B. freiwillige Zurückgabe der gestohlenen Sache [1]). Nur im Versuche hat nämlich die objektive Seite der Handlung diese untergeordnete und unselbständige Bedeutung der bloßen, für sich nichts bedeutenden, nur durch das in ihr hervortretende Wesen bestimmten Erscheinung, während im Begriffe der vollendeten Handlung die objektive Seite wieder zu ihrem Rechte selbständiger Bedeutung kommt, welches durch das bloße Belieben des Subjekts nicht alterirt werden kann. Solang das Subjekt bloß auf dem Wege und in der Arbeit ist, sich in die Objektivität hineinzulegen, ist diese das schlechthin Bestimmbare; die Handlung erhält ihre verbrecherische Bedeutung allein durch den Willen, der in ihr erscheint. Sobald dagegen die Subjektivität sich vollständig in die Objektivität gelegt, an diese hingegeben hat, so hat diese nun auch das Recht, als das von ihr Bestimmte zu gelten, es mag nun den Thäter reuen oder nicht. Eben deshalb wird durch die Zurücknahme der Absicht auch nur die verbrecherische Qualität der Handlung insoweit aufgehoben, als sie den Versuch des beabsichtigten Verbre-

---

1) Oersted glaubt, Letzteres müsse aus Ersterem abgeleitet werden und verwirft deshalb die Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs.

Digitized by

chens darstellen würde, während sie eine solche allerdings als vollbrachtes geringeres Delikt behalten kann. Jene Aufhebung ist aber deshalb nothwendig, weil das Verbrecherische im Versuch nicht die äussere Handlung, sondern lediglich die darin kundgegebene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu realisiren, ausmacht, eben diese Absicht aber im Vorausgesetzten Falle hinwegfällt. Auch dies erkennt Zachariä an, indem er (gegen Kleinschrod) treffend sagt: „Der Versuch erscheint ja offenbar nur in Beziehung auf die Vollendung oder nur deshalb als strafbar, weil er nach der Absicht des Thäters die Vollendung im Gefolge haben sollte, so daß also dieser Grund für die Strafbarkeit ganz wegfällt, sobald der Thäter diese Absicht aufgiebt und noch nichts gethan hat, was als eine Uebertretung des Gesetzes für sich betrachtet werden könnte." Mit Recht entscheidet sich derselbe daher auch dafür [1]), daß auf das Motiv für die unterlassene Vollendung nichts ankommen könne, vorausgesetzt, daß nur die Absicht als wirklich aufgegeben, — nicht etwa als bloß aufgeschoben erscheine, was allerdings eine schwierige Beweisfrage im einzelnen Falle seyn kann [2]). a. a. O. II. §. 261. 262. Dagegen kann ihm, — wofür aber der volle Beweis erst unten zu liefern ist, — nicht beigepflichtet werden, wenn er sich gegen die Beschränkung des fraglichen Grundsatzes auf den nichtbeendigten Versuch erklärt, weil es inkonsequent sei, wenn man einerseits das delictum perfectum vom vollendeten Verbrechen unterscheide und noch zum Ver-

---

1) s. auch Bauer Abh. I. S. 358.

2) Anders entscheidet nach östreichischem Rechte Kitka a. a. O. S. 199—202. vergl. v. Scari ebend. 1835. I. S. 384—418. besonders S. 393 ff.

Digitized by Google

ſuche rechne, andrerſeits aber von ihm einen Grundſatz nicht gelten laſſen wolle, der eben aus der Natur des Verſuchs folge. Nur auf Einen Punkt möge vorläufig aufmerkſam gemacht werden. Zachariä [1]) fügt ſogleich bei, daß „die Reue des Thäters dann nichts fruchten könne, wenn der beendigte Verſuch ſchon die wirkliche und hinreichende Urſache des bezweckten Erfolgs enthalte, möge dann auch der Thäter vor dem wirklichen Eintritte deſſelben ſeinen Willen geändert und Alles Mögliche zur Abwendung des Erfolgs gethan haben [2])". Wenn er nun ferner ſagt: es könne hier noch kommen, daß zwei, moraliſch gleich ſtrafbare, Thäter juriſtiſch ganz verſchieden zu behandeln ſeien, man könne aber einmal dem Einfluſſe des Zufalls im Gebiete des Strafrechts überall nicht entgehen, — ſo ſcheint dieſe Bemerkung nicht gegründet zu ſeyn. Denn offenbar zeigt doch ein Verbrecher, der nur ſoweit geht, daß es ihm noch möglich bleibt, den Erfolg abzuwenden, auch vor dem moraliſchen Forum eine geringere Energie des Böſen als ein Andrer, der dieſe Möglichkeit aus der Hand giebt und ſein Gewiſſen mit der nachhinkenden, unfruchtbaren Reue abfindet. Es iſt nämlich nicht bloß der Zufall, von dem hier der Unterſchied abhängt, ſondern die innere Natur der Handlung, nach welcher ſich die Möglichkeit für den Thäter beſtimmt, auch nachdem er alle ſeinerſeits zur Vollendung nothwendige Thätigkeit geleiſtet hat, gleichwohl die wirkliche Vollendung noch abzuwenden. Iſt die Handlung nun der Art, daß ſie dieſe Möglichkeit nicht zuläßt, ſo ſchneidet ſich der Thäter, der zum beendigten Verſuche vordringt, die Möglich-

1) Bauer Anm. zum Hannövr. Entwurf. I. S. 381.
2) Vgl. Luden Abh. I. S. 520.

keit des freiwilligen Abstehens selbst ab, und giebt sich wohlwissentlich dem Naturgesetze hin. Begeht aber ein Andrer eine Handlung, welche ihrer Natur nach jene Möglichkeit noch offen läßt, so ist er auch moralisch weniger zu verdammen, weil er eben seine Freiheit noch nicht rücksichtlos preisgegeben hat. Genauer betrachtet, müßte man also, wenn man überhaupt von dem vorausgesetzten Begriff des beendigten Versuchs ausgeht, sagen: der Letztere habe erst dann einen beendigten Versuch begangen, wenn er zu der seinerseits zur Vollendung positiv erforderlichen Thätigkeit auch noch weiter die negative gefügt habe, jener Möglichkeit der Abwendung des Erfolgs nicht Statt zu geben. Erst dann steht er dem ersteren, sowie demjenigen gleich, der ein sog. formelles (d. h. nach der gewöhnlichen Ansicht einen beendigten Versuch überall nicht zulassendes) Verbrechen begeht. In Beziehung auf die letztgenannten Verbrechen ist zwar schon gefordert worden, daß hier die thätige Reue (namentlich Abwendung des durch eine Fälschung beabsichtigten Schadens) noch nach der Vollendung des Verbrechens als Grund der Strafloſigkeit behandelt werden solle[1]), und Zachariä billigt diese Forderung wenigstens relativ. Allein diese Forderung, wie manche verwandte, zeigt nur, daß die, welche sie stellen, über die innere Natur der verschiedenen Verbrechen, wornach sich ihre Vollendung bestimmt (s. unten), keine klaren Begriffe haben. Was z. B. eben die Fälschung betrifft, so hat diese ihre wesentliche Natur keineswegs in der etwa mittelbar dadurch beabsichtigten Vermögensbeschädigung; es ist daher keineswegs eine bloße Willkühr, wenn das positive Recht dieselbe mit der Anwendung der falschen

1) Jahrb. von Gönner und Schmidtlein. I. S. 288. ff.

Digitized by Google

Sache für konsummirt annimmt. Vielmehr ist der wesentliche Charakter jenes Verbrechens die stets (auch bei der sog. Privatfälschung vorhandene) gemeingefährliche Verletzung der fides publica. Wo nun diese vollbracht ist, da versteht es sich von selbst, daß es dem Thäter nicht mehr zu Statten kommen kann, wenn er den etwa damit bezweckten Schaden noch abwendet. Er wird dann allerdings von einem mit der Fälschung konkurrirenden Betrugsversuche freigesprochen werden müssen: aber die Thatsache der vollendeten Verletzung der fides publica kann dadurch begreiflicher Weise nicht alterirt werden. — Wie Zachariä selbst anerkennt, findet nun also auch bei dem materiellen Verbrechen jenes straflose Zurücktreten nie mehr statt, sobald es dem Thäter nicht mehr möglich ist, den Eintritt des in der Natur seiner Handlung liegenden Erfolgs aufzuhalten. Dies ist ganz richtig. Eben deshalb muß man aber auch entweder den Begriff des beendigten Versuchs so fassen, daß er auch das negative Moment enthält: daß der Thäter die etwa noch vorhandene Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, nicht benützt habe. Erst dann kann man ja mit Recht sagen, daß er alles seinerseits Erforderliche gethan habe, um das Verbrechen zur Vollendung zu bringen. Hiernach ist es aber klar, daß, so oft die gedachte Möglichkeit noch vorhanden gewesen und wirklich benützt worden ist, der Versuch nicht als ein beendigter, sondern nur als ein noch nicht beendigter gelten darf, der eben erst dann beendigt worden wäre, wenn der Thäter jene Möglichkeit nicht benützt, sondern der Sache ihren Lauf gelassen hätte, oder aber — da jener Begriff des beendigten Versuchs identisch mit dem der Vollendung des Verbrechens wäre, — man muß den Begriff des beendigten Versuchs überhaupt ganz anders fassen; und dann wird noch deut-

licher erhellen, daß auf dieſem Punkte ein ſtrafloſes Abſtehen nicht mehr möglich iſt. S. unten. — Eine dritte Frage, die Zachariä aufwirft, iſt endlich die: „Ob die Sinnesänderung in eine äuſſere, dieſelbe beurkundende, dem bisherigen geſetzwidrigen Handeln entgegengeſetzte Thätigkeit übergegangen ſeyn müſſe?“ Dieſe, zuerſt von Bauer geſtellte, Frage wird von beiden genannten Schriftſtellern bejaht. Auch kann man ihnen inſofern beiſtimmen, als in der Regel das Angeführte nothwendig ſeyn wird, um im konkreten Falle den Beweis der zurückgenommenen Abſicht herzuſtellen. Allein ganz mit Unrecht wird die gedachte Frage von Zachariä in dem Sinne genommen, daß ſie mit der andern identiſch ſeyn ſoll: „ob das freiwillige Abſtehen vom Verſuche oder das Gegentheil zu vermuthen ſei?“ Er entſcheidet ſich für das Letztere, während Rossi [1]) der entgegengeſetzten Meinung iſt: in der CCC. dagegen will Zachariä eine Präſumtion für das freiwillige Abſtehen finden II. §. 266. 278. Allein ſeine, etwas verklauſulirten Bemerkungen über das Verhältniß zwiſchen Anſchuldigungsbeweis und Entſchuldigungsbeweis [2]) werden offenbar durch das widerlegt, was er ſelbſt der Anſicht von Rossi entgegenhält; und viel treffender ſind wohl die ſchlichten Worte v. Hufnagels, der die Weglaſſung einer ſolchen Vermuthung aus dem Wirtemb. Strafgeſetzbuch, Art. 73. ſo rechtfertigt: „Allein dies (was Bauer über die Nothwendigkeit einer äuſſern Handlung ſagt) zugegeben, ſo ſcheint doch die geforderte äuſſere Handlung lediglich eine Sache des Beweiſes zu ſeyn. Der Ent-

1) Traité III. S. 4—6.

2) Vergl. auch was namentlich II. S. 262 u. 2 geſagt iſt.

Digitized by Google

ſchluß zum Abſtehen iſt natürlich ſtets nur eine innere Handlung, aber freilich muß dieſe innere Handlung, dieſer Entſchluß erwieſen werden. Häufig oder in der Regel wird dieſer Beweis nur durch eine der inneren Handlung nachgefolgte äuſſere Handlung geführt werden können. . . Es ergiebt ſich hier dieſelbe Schwierigkeit, welche überall eintritt, wo es ſich von der Erhebung der ſubjektiven Seite einer That handelt. Auch hier kann man aber nicht fragen, wer den Beweis zu führen habe, ob der Angeſchuldigte verbunden ſei, den gefaßten Beſchluß, abzuſtehen, zu beweiſen, oder ob der Richter dem Angeſchuldigten zu beweiſen habe, daß er die Abſicht gehabt habe, in ſeiner verbrecheriſchen Handlung oder Unterlaſſung fortzufahren, und daß er nur durch äuſſere Umſtände hiervon abgehalten worden ſei. Auch hier giebt es weder eine rechtliche Vermuthung für die Schuld, noch für die Unſchuld. Die eine, wie die andere, muß für den Richter erwieſen ſeyn [1]." — Wollte man aber je eine Präſumtion annehmen, ſo müßte man wohl weit eher derjenigen den Vorzug geben, welche Zachariä der P. G. O. unterlegt. Denn, wenn man allerdings die dafür von Roſſi vorgebrachten Gründe nicht gelten laſſen kann (er will ſelbſt zwiſchen bloßem Aufſchieben und wirklichem Aufgeben keinen Unterſchied gemacht wiſſen), ſo iſt doch ſoviel gewiß, daß das ſtrafbare Moment im Verſuch eben nur die Abſicht bildet, von welcher man annimmt, daß ſie unmittelbar nach der Vollendung des Verbrechens ſtrebe [2]). Nun muß doch aber, wenn man dieſe Abſicht ſtrafen will, eben dieſe Abſicht als vorhanden und zwar als eben in dem

1) Kommentar I. S. 148.

2) Zachariä II. §. 258. a. E.

Momente, welcher der ſtrafrichterlichen Beurtheilung unterliegt, noch vorhanden gewiß ſeyn [1]). In der Präſumtion Zachariäs läge alſo eine ganz gewöhnliche præsumtio doli, welcher jedenfalls ihr Gegentheil weit vorzuziehen wäre, weil darin wenigſtens die ernſtliche Aufforderung an den Richter läge, mit dem Beweiſe des dolus auch hier genau und gewiſſenhaft zu ſeyn. — Wie in dieſem Punkte, ſo hat das Wirtemb. Strafgb. auch darin das Richtige getroffen, daß es bei einem wirklich beendigten Verſuche ein ſtrafloſes Zurücktreten nicht mehr annimmt.

§. 122.

Der Verſuch bildet einen geringern Schuldgrad, als das vollendete Verbrechen. Denn, wie beim Verſehen (§. 101), ſo decken auch hier ſich die beiden Seiten der Handlung nicht, ſondern das Thatmoment bleibt hinter dem Willensmoment zurück. Obgleich nun auch im entfernten Verſuche die angekündigte volle Abſicht das weſentlich ſtrafbare Moment bildet, ſo drückt ſich gleichwohl in dem Fortſchreiten der Ausführung zugleich eine Steigerung der Intenſität des verbrecheriſchen Willens aus, die ihren Gipfel erſt mit der objektiven Vollendung der That erreicht, ſo daß die bloß beim Verſuche ſtehen gebliebene Handlung zugleich einen minderen Grad der Intenſität des Willens, hiemit der Schuld, anzeigt. Unzweifelhaft iſt nämlich, daß der ſich bethätigende verbrecheriſche Wille unter ſonſt gleichen Verhältniſſen immer eine größere Intenſität offenbart, als der beim bloßen Entſchluſſe ſtehen bleibende. Daraus folgt aber, daß das Fortſchreiten der Ausführung zugleich ein graduelles Wachſen der Intenſität des Willens involvirt. Denn eben erſt mit dem Fortſchreiten der Ausführung, der Wahl

1) Vgl. Kitka u. v. Skari a. a. O.

und Anwendung der Mittel der Ueberwindung der Hindernisse entwickelt sich für den Handelnden die Intensität seines Willens und fordert stufenweise, zwar nicht neue Entschlüsse, wohl aber eine immer größere Vertiefung des ursprünglich gefaßten verbrecherischen Entschlusses, die sich in der fortschreitenden Negation der dem Handelnden in der Objektivität entgegentretenden sittlichen Potenzen offenbart. Diese sich vertiefende Aktualisirung des verbrecherischen Willens ist aber ein Wachsen seiner Schuld, weil der Mensch vermöge seiner Freiheit auf jedem Punkte des Verlaufs seiner Handlung die Möglichkeit einer entgegengesetzten Selbstbestimmung behält.

Anm. 1) die Begründung des hier Gesagten ist von Wirth a. a. O. I. S. 136—139 auf eine sehr treffende Weise gegeben. Er bemerkt zwar, es sei auch eine Ausnahme von der Regel möglich, nämlich die, daß ein Subjekt in ihm schon alle zur Ausführung nothwendigen sittlichen Negationen gesetzt und überwunden, ja sogar die heilige Scheu vor der objektiven Substanz der Welt zum Voraus in sich erdrückt habe, so daß alsdann die That nichts sei, als das gleichgiltige Umsetzen des darin sich gleichbleibenden Innern in das Aeussere, (woraus dann folgen würde, daß in einem solchen Falle allerdings der Versuch von der Vollendung graduell nicht mehr zu unterscheiden wäre, ja nicht einmal der bloße Entschluß von der That). Allein er fügt selbst bei, daß mit diesem Fall überhaupt der Uebergang aus dem Gebiete der juristischen in die moralische Zurechnung gemacht werde. Ganz richtig. Die Würdigung eines solchen Falls gehört einer tieferen Betrachtungsweise an, welche über die einzelne That übergreift und die ganze Subjektivität als eine im Bösen fertig gewordene vor ihr Forum zieht. Eben dies gebührt aber der rechtlichen Imputation nicht, welche stets nur die

Digitized by Google

einem bestimmten Verbrechen zu Grunde liegende vereinzelte, verbrecherische Intention zu würdigen und hiebei von der Regel auszugehen hat. Mit vollem Rechte fährt daher Wirth fort: „Allein als Regel steht der obige Satz fest, so sehr, daß, weil an sich jedes weitere Stadium in der Ausführung eine tiefere Aktualisirung des bösen Willens selbst ist, mit jedem die Schuld wächst, weswegen die objektive Vernunft jene Stadien selbst scheidet in die vorbereitende Handlung, den Versuch und die Vollendung, welche allein die volle Schuld trägt, weil nur in ihr der bestimmte Wille sich als solcher abgeschlossen und alle die sittlichen Einheiten überwunden hat, welche auf den vorangehenden Stadien von ihm noch nicht schlechthin negirt worden waren." — In der That sind es auch in der Theorie nur vereinzelte Stimmen, welche sich für die gleiche Strafbarkeit des versuchten und des vollendeten Verbrechens aussprechen [1]). Es zeugt dies immer entweder von einem unbefugten Einmischen des moralischen Gesichtspunkts, von welchem aus freilich sogar noch weiter gegangen und die gleiche Strafbarkeit des bloßen Entschlusses zum Bösen und der ausgeführten bösen Handlung behauptet wird (über die relative Wahrheit und Unwahrheit dieser Behauptung s. Wirth a. a. O. in der Anm. S. 139), oder aber von der Befangenschaft in einer relativen Strafrechtstheorie, da die relativen Theorieen allerdings folgerichtig zu jener Gleichstellung führen müssen, wie dies Zachariä II. S. 59—61. Anm. 3 richtig anerkennt. Mit Recht

1) Cremani I. 1. cap. 5. §. 5. Oersted Grundregeln, S. 163. 164. wollen wenigstens den beendigten Versuch mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt haben.

wird von diesem, und besonders von dem bei ihm angef. französischen und italienischen Schriftstellern dieser Gleichstellung entgegengehalten, daß sie sogar vor dem Forum der Moral nicht Stich halte. Denn offenbar zeigt, wie dies im obigen §. näher dargestellt wird, selbst moralisch betrachtet, die Ausführung des bösen Entschlusses noch eine tiefere Intensität, als der bloße Entschluß zum Bösen; und folgeweise muß auch mit dem Fortschreiten der Ausführung ein Wachsen der Intensität des Bösen bedingt seyn. Denn immer tritt, auch nach dem überlegtesten Vorsatze, in der Ausführung ein Neues hinzu: die sittlichen Potenzen, die beim Vorsatz nur im Bewußtsein Existenz halten und überwunden wurden, treten nun erst objektiv dem Handelnden entgegen, sie stellen sich ihm in der Gestalt von Hindernissen, Warnungen, Schwierigkeiten entgegen, er muß diese nun, eins nach dem andern, besiegen, Mittel herbeischaffen, Kräfte in Bewegung setzen, Gewissensregungen niederkämpfen u. s. f. In diesem Verlauf entwickelt sich ihm selbst erst das beabsichtigte Böse in seiner Ganzheit. Da er nun auf jedem Punkte vermöge seiner Freiheit die Möglichkeit einer entgegengesetzten Selbstbestimmung hat, so muß er, zwar nicht in jedem Augenblicke einen neuen Entschluß fassen, aber er muß doch seinen Entschluß immer energischer zusammennehmen, immer extensiver, gegen immer neue Feinde durchkämpfen; eben damit aber aktualisirt sich die Intensität des bösen Willens in jedem Augenblicke mehr, d. h. es wächst die Schuld mit der wachsenden That. Zugegeben ist allerdings, daß das Wachsen der Schuld durch das Wachsen der That allein nicht bedingt ist und daß vor dem moralischen Forum noch andre Umstände in Erwägung kommen, welche in die Lücke treten und auch den bloßen Versuch, ja den bloßen

Entſchluß zum Böſen als ebenſo unſittlich darſtellen können, wie die vollbrachte That. Allein eben dieſe Betrachtung gehört nur vor den Richterſtuhl der Moral, keineswegs vor den des Rechts. Wird alſo behauptet, der Verbrecher zeige im Verſuch den böſen Willen ſchon in ſeiner ganzen Stärke [1]), oder: das einzig Strafbare beim Verſuche ſei der böſe Wille, dieſer aber habe keine Grade, ſondern könne nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden ſeyn [2]), ſo wird die Natur des böſen Willens ſelbſt verkannt. Dies meinen auch die oben Genannten, wenn ſie die — freilich in dieſer Weiſe nicht zutreffende — Entgegnung machen, es werde hiermit eine unſtatthafte Präſumtion aufgeſtellt, daß der Wille des Handelnden bis zur Vollendung fortgedauert haben würde [3]). Die Entgegnung trifft nicht, weil allerdings, worin Luden vollkommen Recht hat, dieſe Präſumtion jeder Beſtrafung des Verſuchs zu Grunde liegen muß, wenn nicht die Verſuchsſtrafe eine bloße, ungerechte Verdachtsſtrafe ſeyn ſoll, genauer aber muß geſagt werden: Jeder Verſuch, bei dem ſich nicht erweiſen läßt, daß der Thäter es freiwillig dabei habe bewenden laſſen, liefert den Beweis der vollſtändig vorhandenen Abſicht, das Verbrechen zu vollenden. Eben deshalb iſt er auch allein ſtrafbar, wie Luden gleichfalls mit Recht behauptet [4]) (während Zachariä dies als eine unrichtige Konſequenz darſtellt). Eine ganz andre Frage iſt es nun weiter, ob dieſer Abſicht, ſoweit ſie im Verſuche ausgeſprochen iſt, dieſelbe

---

1) Treilhard bei Chaveau Theori du Code. X. p. 142.

2) Luden Abh. I. S. 45 ff. 511.

3) Vgl. Zachariä II. S. 56, wo der Gedanke ganz richtig ausgeſprochen iſt.

4). ſ. auch Kleinſchrod Syſtem Entw. I. S. 70.

Digitized by Google

Intenſität zugeſchrieben werden dürfe, wie einer im vollendeten Verbrechen vollſtändig objektiv durchgeführten Abſicht? Und dieſe Frage muß allerdings, gegen Luden, durchaus verneint werden, aus den ſchon angeführten Gründen. Auch dürfte noch zu erwägen ſeyn, ob es nicht die äuſſerſte Inkonſequenz ſei, wenn man einerſeits keine Gradation des verbrecheriſchen Willens annimmt, und gleichwohl andrerſeits den Verſuch geringer ſtrafen will, als die Vollendung, während man doch von jenem Standpunkt aus gerade dahin kommen muß, wohin auch das römiſche Recht wirklich gekommen iſt, nämlich Verſuch und Vollendung als gleich ſtrafbar zu behandeln? Luden bringt hier freilich den ſog. objektiven Standpunkt des deutſchen Rechts herbei; allein es wird unten ſich ergeben, daß er dieſen auf eine völlig unrichtige Weiſe auffaßt und dabei in die Lehre vom Verſuch Dinge einmiſcht, die gar nicht dahin gehören. — Nach allem dieſem kann denn freilich auch der von Zachariä für die geringere Strafbarkeit des Verſuchs vorgebrachte Rechtsgrund nicht ſtichhaltig gefunden worden. Denn nur auf andre Weiſe, als Luden, argumentirt auch er hier wieder aus dem ſogen. objektiven Standpunkte, von dem er dies Mal wieder, im Widerſpruch mit den beim freiwilligen Abſtehen vom Verſuch aufgeſtellten Principien, ſagt, daß er der überwiegende ſeyn müſſe. Im §. 172 wird von einer Vereinigung des ſubjektiven mit dem objektiven Maßſtabe geſprochen, die darin beſtehen ſoll, daß der Richter ſtets zunächſt das Verhältniß der That zur Auſſenwelt im Auge haben müſſe, und nur folgeweiſe die Beſchaffenheit der Willensbeſtimmung. Inwiefern ſoll nun aber die That berückſichtigt werden? etwa nur als Erkenntnißgrund des Willens, wie es in §. 174 heißt? Das wäre ganz zu billigen; aber das hieße ja

Digitized by Google

eben, daß der That für sich keine Bedeutung zukomme, sondern nur als der Erscheinung der verbrecherischen Subjektivität. Es muß also das objektive Element auch hier wieder materieller und roher aufgefaßt, es muß die Meinung seyn, daß der äußeren Schädlichkeit oder (vermeintlichen) Gefährlichkeit der That für sich eine wesentliche Bedeutung zukomme, daß daher der Versuch aus dem Grunde weniger strafbar sei, weil er äußerlich weniger schädlich oder gefährlich sei, als das vollendete Verbrechen. Allein es ist wirklich kaum zu begreifen, wie man sich bei einer solchen Auffassung der objektiven Seite am Verbrechen befriedigt finden, wie man namentlich das Maß der Strafbarkeit, das doch nur nach dem Maß der Schuld sich richten kann, sich nach so äusserlichen Momenten bestimmt denken kann. Eben in dieser verkehrten Auffassung des objektiven Gesichtspunkts stimmen Luden und Zachariä letzlich doch wieder zusammen. Es ist aber schon mehrfach gezeigt worden, daß man sehr Unrecht thut, diese ganz materielle Auffassung die germanische zu nennen. Sie tritt allerdings in der Kindheit des deutschen Rechts hervor, ist aber alsbald verlassen worden, nachdem mit Hilfe des kirchlichen und und klassischen Rechts das auch im deutschen Rechte im Keime liegende Princip der Subjektivität zum deutlichen Bewußtsein und zur Entwicklung seiner Konsequenzen gekommen war. Die Vermittlung beider Standpunkte, des objektiven und des subjektiven, kann aber, wie die ganze bisherige Entwicklung zeigt, nicht in einem mechanischen Gleichgewicht beider bestehen, sondern sie muß eine organische seyn. Dazu ist jedoch wesentlich nöthig, daß die objektive Seite sich der subjektiven unterordne, daß sie als die bloße, allerdings wesentliche, Erscheinung der letzteren aufgefaßt werde. Zachariä hat mithin

Digitized by Google

vollkommen Recht, wenn er die absolute Wesentlichkeit des Thatmoments hervorhebt. Aber nur das ist nicht einzusehen, wie hieraus die geringere Strafbarkeit des Versuchs folgen soll? Läge diese darin, daß die äussere Rechtsverletzung, Beschädigung, im Versuche nur unvollkommen vorliege, so würde hieraus, was Z. ganz vergebens bestreitet, allerdings vielmehr die gänzliche Strafloſigkeit des Versuchs als solchen folgen. Denn der Versuch als solcher — d. h. abgesehen von der anderweitigen Beschädigung, die er etwa mit sich führt, und die äusserlich den Charakter eines geringeren, vollendeten Delikts an sich trägt, z. B. eine Verwundung beim Versuch der Tödtung, — ist eben das äusserlich nicht Beschädigende. Und wollte man ihn gleichwohl strafen, weil er wenigstens eine Rechtsverletzung drohe, so würde man eine bloße Verdachtsstrafe für gerecht ausgeben. Will man daher die Strafbarkeit des Versuchs überhaupt rechtfertigen, so muß man von der in der unvollkommenen äusseren Erscheinung hervorgetretenen verbrecherischen Subjektivität ausgehen [1]). Ebenso aber, wenn man nun ferner die geringere Strafbarkeit des Versuchs gegenüber der Vollendung begründen will, muß man wiederum nicht von der äusseren Erscheinung, sondern von der Subjektivität ausgehen; man muß zeigen, daß und warum im Versuch eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens sich ausspreche, wie denn auch Z. dies wenigstens beiläufig bei Gelegenheit einer Polemik gegen Luden, II. S. 56 a. E. ganz richtig ausspricht. — Entbehrt aber die aus der Natur des Strafrechts von Z. gegebene Begründung des Satzes der philosophischen Klarheit und

1) Dies wird auch von Wächter I. S. 138 ob. sehr richtig angedeutet.

Digitized by Google

Schärfe, so ist es andrerseits auch unhistorisch, wenn er behauptet, der Grundsatz sei auch im positiven Rechte jederzeit anerkannt worden, und, wo er nicht gegolten habe, da habe die Schuld hiervon nur an gesetzgeberischer Willkühr gelegen, welcher sich dann alsbald eine aus dem natürlichen Gefühle hervorgebrochene allgemeine derogatorische Gewohnheit entgegengesetzt habe. Mit dieser Bemerkung, die hinsichtlich des neuen französischen Rechts ganz gegründet ist, soll namentlich das römische Recht getroffen werden. Dabei ist aber ganz übersehen, daß derselbe Grundsatz (der gleichen Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung) in den Gesetzen der römischen Republick vor Christus einen wesentlich andern Sinn hat, als in der französischen Gesetzgebung am Ende des 18. Jahrhunderts. Diese hat mit gedachtem Satze einen Rückschritt in der Rechtsentwicklung gemacht, wegen dessen sie mit Recht von der Doktrin getadelt, und von der Praxis umgangen wird. Ganz anders verhält es sich aber mit dem öffentlichen Strafrecht in Rom, das, der ganzen politischen Weltanschauung des Alterthums gemäß, den modernen Unterschied von Moral und Recht nicht kannte, vielmehr in sich selbst das Organ des sittlichen Volksbewußtseins war. Von diesem Grundgedanken, ohne welchen der ganze römische Strafproceß unverständlich bleiben muß, geht unter anderen Konsequenzen auch die aus, daß der irgendwie in äusserlichen Akten manifestirte dolus das Strafbare sei und daß auf das Mehr oder Minder der äusserlichen Manifestation nichts ankomme. Also aus dem sittlichen Grundcharakter des Römischen Rechts ist jener Satz abzuleiten, nicht etwa aus der Willkühr des Corn. Sulla, welcher dem Abschreckungsprincip gehuldigt habe. Wenn dann ferner unter der Kaiserregierung jene republikanische Strenge

Digitized by Google

nachließ, wenn, wie die culpa zwiſchen dolus und casus eingeſchoben, ſo auch allmälig (übrigens immer nur ausnahmsweiſe) der Begriff des Verſuchs und ſeiner niederen Strafbarkeit anerkannt wurde, ſo iſt darin keineswegs eine Reaktion des urſprünglichen Rechtsbewußtſeins gegen geſetzgeberiſche Willkühr zu ſehen. Vielmehr ganz im Gegentheil hat dieſe neue Erſcheinung ihren Grund darin, daß mit dem Untergang der alten Staatsverfaſſung, mit der Vernichtung des ſpecifiſchen Römerthums, mit der Ausbreitung des römiſchen Rechts zum Weltrechte, mit der Degradation des römiſchen Bürgers zum Unterthanen eines nicht mehr in ihm, ſondern auſſer und über ihm lebenden Staats das alte Rechtsbewußtſein untergegangen war und ein neues ſich bildete. In dieſem war nun aber weſentlich, daß das Strafrecht einen andern Charakter erhalten, daß es Organ des ſittlichen Volksbewußtſeins zu ſeyn aufhören und — was es auch ſeyn ſoll — Mittel der abſtrakten Rechtsverwirklichung werden mußte; ein Princip, das freilich ſeine konſequente Durchbildung nicht mehr in dem entnervten römiſchen, ſondern erſt im germaniſchen Staate fand.

§. 123.

Folgt nun aber aus dem Weſen des Verſuchs ſeine geringere Strafbarkeit überhaupt, ſo iſt eben damit auch der Satz gerechtfertigt, daß von dem Anfangspunkte ſeiner Strafbarkeit an dieſe bis zum Augenblicke der Vollendung hin ſtetig wachſe. Es laſſen ſich aber in dieſem quantitativen Progreſſe ebenſowenig, als in dem gleichen bei dem Verſehen, qualitative Unterſchiede, und hiemit beſtimmte *Grade* ſiriren. Nur der *Endpunkt* des Verſuchs läßt ſich angeben wie auch ſein *Anfangspunkt* beſtimmt bezeichnet werden konnte. *Beendigt iſt nämlich der Verſuch*, ſobald der Han-

delnde Alle ihm erforderlich scheinenden Thätigkeits-Aeusserungen vorgenommen hat, die Wirkung aber, welche das vollendete Verbrechen ausmacht, nicht eintritt vermöge einer Naturursache, deren Wirksamkeit vom Willen des Handelnden unabhängig ist, sei es nun, daß er auf dieselbe rechnete oder daß dieselbe nur vermittelst eines Irrthums von seiner Seite sich geltend machen konnte [1]).

Anm. — Der Versuch ist von seinem Anfang an als ein fortwährend wachsendes Verbrechen zu denken, nicht nur insofern die Thätigkeit extensiv zu einer größeren oder kleineren Menge einzelner Akte sich entwickelt, sondern auch insofern mit diesem Wachsen der Extensität der Handlung auch die Intensität der Schuld schrittweise zunimmt. Mit Recht ist es daher auch ein schon von der italienischen Jurisprudenz, und seit der PGO. auch von der deutschen Doktrin mit seltener Uebereinstimmung angenommener Satz [2]), daß der Versuch von seinem Anfangspunkte an immer verbrecherischer und somit strafbarer werde, jemehr er der Vollendung sich nähere. S. Zachariä II. §. 154—162. 206—226. Dieselbe Ansicht findet sich auch in allen neueren Gesetzgebungen, die französische ausgenommen, durchgeführt. Ebendas. §. 167—169. Die Variationen beziehen sich nur auf die Festsetzung des Anfangspunkts, die Firirung bestimmter Grade und das Maß der relativen Strafbarkeit. Andern Ansichten folgte allerdings aus dem schon angef. Grunde das öffentliche Strafrecht der Römer [3]); auch haben verschiedene deutsche Partikularrechte bis zum acht-

1) Vergl. Heffter §. 99.

2) Daß dieser Satz ein wesentlich dem germanischen Rechte angehöriger sei, darüber s. Zachariä II. §. 203—205.

3) AM. Zachariä II. §. 186—193. Vergl. Luden Abh. I. S. 267—271.

Digitized by Google

zehnten Jahrhundert hin, im Widerſpruche mit der durch die PGO. ausgeſprochenen deutſchen Grundanſicht, theilweiſe andere Grundſätze über die Strafbarkeit des Verſuchs aufgeſtellt. Aehnliche Ausnahmen finden ſich ſchon zur Zeit der deutſchen Volksrechte, wo ſie vorzüglich aus dem Einfluß der einſeitig den moraliſchen Standpunkt feſthaltenden Kirche zu erklären ſind [1]), ferner zur Zeit der PGO. in denſelben italieniſchen Statuten, aus welchen im Uebrigen die italieniſchen Praktiker die Regel ſelbſt als eine generalis totius mundi consuetudo abzuleiten pflegen, — und hier iſt wohl der Grund bereits in dem Abſchreckungsprincip zu ſuchen, zu welchem ſich die kräftigen Regierungen der Städte und überhaupt der Territorialſtaaten, verlaſſen von der Centralgewalt, im Bedürfniß einer beſſeren und ſtrengeren Polizei hinneigen mußten [2]). Daſſelbe gilt denn ohne Zweifel auch von den bei Zachariä II. §. 229 ff. angeführten Partikularrechten. Um ſo entſchiedener findet ſich die Regel wieder ausgeſprochen in allen Geſetzgebungen Deutſchlands ſeit der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts. Ebend. II. §. 237—245. Gegenüber dieſer communis opinio hat nun neuerdings Luden Abh. I. S. 49. 510—514 die Behauptung aufgeſtellt, nicht nur, daß die CCC. von Gradationen des Verſuchs je nach ſeiner Annäherung an die Vollendung nichts wiſſe [3]), ſondern es gebe auch in der That nur Einen Grad des Verſuchs d. h. wenn einmal der Anfangspunkt überſchritten ſei, von welchem an die menſchliche Handlung überhaupt als Verſuch in das Gebiet des Strafrechts

1) Zachariä II. S. 132. n. 1—3.

2) Zachariä II. S. 135. n. 3.

3) ſ. hingegen Zachariä II. §. 216. 217.

Digitized by Google

falle, so stehen an und für sich alle Handlungen auf einem gleichen Grade der Strafbarkeit, und es dürfe daher eine größere oder geringere Strafe nicht darnach bestimmt werden, ob der Handelnde mehr oder weniger Handlungen begangen habe, welche der Vollendung näher oder ferner standen, sondern lediglich darnach, ob der Versuch an und für sich einen größeren oder geringeren rechtsverletzenden Erfolg gehabt habe. — Allein es ist leicht zu zeigen, daß Luden hier der Karolina das größte Unrecht anthut, indem er ihr irrig die materiellste und rohste Auffassung des Thatmoments aufbürdet, wie sie selbst nicht mehr in allen germanischen Volksrechten anzutreffen und jedenfalls von der Jurisprudenz ihrer Zeit längst überwunden gewesen ist. Um so abenteuerlicher erscheint daher vollends eine Rechtfertigung jenes Satzes aus der Natur der Sache. Nur ist freilich auch die Polemik nicht zu billigen, welche Zachariä II. §. 173 dagegen vorbringt. Er findet, daß Luden zu einseitig den subjektiven Maßstab beachte und zu wenig auf die mit dem Fortschritt der verbrecherischen Thätigkeit steigende objektive Gefährlichkeit Rücksicht nehme. Wenn Luden hinsichtlich des letzteren Punkts unverdienten Tadel erfährt, so ist es verwunderlich, wenn ihm in Beziehung auf den ersteren eine Rücksicht untergeschoben wird, wegen deren er gerade gelobt werden müßte. Offenbar besteht ja aber, wie Zachariä II. §. 217 selbst zugesteht, der Mangel jener Behauptung vielmehr gerade darin, daß „sie den objektiven Maßstab in seiner gröbsten Gestalt berücksichtigt." Hätte nämlich L. wirklich die Subjektivität der Versuchshandlung richtig erwogen, so müßte er eingesehen haben, daß mit dem Fortschritte der Thätigkeit auch die Intensität des verbrecherischen Willens wächst. Er steht aber

Digitized by Google

im Gegentheil auf dem ganz materiellen Standpunkte des älteſten germaniſchen Rechts, welches den Verſuch zwar für ein geringeres Verbrechen anſieht, als das konſummirte Delikt, aber nur, weil er objektiv weniger ſchädlich oder verletzend iſt, und welches eben daher den Verſuch nicht als die bloße Erſcheinung des böſen Willens, ſondern je nach ſeiner größeren oder geringeren materiellen Schädlichkeit auf die Skala der relativen Strafbarkeit bringt, mithin ihn nach einem, nicht aus ſeinem Weſen fließenden, ſondern äuſſerlich herangebrachten Maßſtabe mißt. Die Behauptuug, daß der dolus keine Grade habe, daß er, wo er überhaupt vorhanden ſei, die gleiche Strafbarkeit bedinge, enthält nur ſcheinbar eine Würdigung der ſubjektiven Seite. Denn, wäre es ernſtlich damit gemeint, ſo müßte L., wie Zachariä gleichfalls richtig bemerkt, folgerichtig auf den Standpnnkt des römiſchen Rechts kommen und allen Unterſchied zwiſchen Verſuch und Vollendung überhaupt verwerfen. Da er aber hievon gerade das Gegentheil thut, ſo erhellt, daß er gerade das ſubjektive Weſen des Verſuchs in deſſen objektiver Geſtalt erſtarren läßt, indem er die dem Weſen des freien menſchlichen Geiſtes ſchlechthin widerſprechende Meinung hat, als ob der Menſch wie eine Natururſache wirke, die, einmal angeſtoßen, nothwendig zu ihrem Ziele kommen muß. Dies liegt nämlich zu Grunde, wenn das Wachſen der Schuld im Verlaufe der Thätigkeit geläugnet und eben damit folgerichtig die Möglichkeit einer entgegengeſetzten Selbſtbeſtimmung beſtritten wird. Offenbar heißt dies aber nicht, die ſubjektive Seite vorzüglich würdigen, ſondern vielmehr: ihr Recht verkennen und ſie ſchlechthin durch die objektive Erſcheinung beſtimmt ſeyn laſſen.

Eine andere Frage iſt nun, ob ſich beſtimmte Grade

Digitized by Google

des Verſuchs fixiren laſſen? Dieſe iſt zu verneinen. In der That hat ſich auch die Unmöglichkeit, innerhalb eines rein quantitativen Progreſſes qualitative Unterſchiede aufzufinden, dadurch an den Tag gelegt, daß die Doktrin ſich über beſtimmte Grade im Einzelnen niemals verſtändigen konnte. In den Quellen des poſitiven Rechts fand ſie keinen Halt dafür, da das römiſche Recht den Fortſchritt der äuſſeren Thätigkeit überall als gleichgiltig behandelt [1]), die PGO. aber bloß Verſuch und Vollendung unterſcheidet, auch die relative Strafbarkeit des erſteren ausſpricht, ohne jedoch dieſelbe irgendwie auf Gradunterſchiede zu bringen. Ebenſowenig wiſſen etwas hievon die Gloſſatoren und die älteſten italieniſchen Kriminaliſten. Die Erfindung der Verſuchsgrade hatte zunächſt einen beſondern, der Sache ſelbſt äuſſerlichen Zweck, nämlich den: die ſtrenge Regel des römiſchen Rechts über die gleiche Strafbarkeit des Verſuchs und der Vollendung im Sinne der germaniſchen generalis consuetudo zu beſchränken, indem man für die Anwendung jener Regel wenigſtens einen actus proximus forderte (ſo Angelus Aretinus). Allerdings findet ſich dann ſchon bei Baldus die ganze Reihe von actus remotus, propinquus, proximus. Allein ſchon damals konnte man ſich über den Umfang dieſer Stadien ſowenig vereinigen, daß vielmehr ſogar der eine conatus proximus eben da findet, wo der andre nur von conatus remotus ſpricht. Zachariä II. §. 154—157. 206—211. Liegt mithin in den Ausführungen der italieniſchen Jurisprudenz der ganz richtige Satz, daß die Strafe im

1) Gegen unhaltbare Behauptungen von Cropp vergl. Zachariä II. §. 152. | Wächter I. S. 138—140. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 43.

Digitized by Google

Verhältniß zu der fortgeschrittenen verbrecherischen Thätigkeit steigen müsse, so ist es ihr gleichwohl nicht gelungen, für dieses Steigen bestimmte Stadien zur allgemeinen Anerkennung zu bringen. Ebensowenig aber hat dies die deutsche Doktrin seit der PGO. vermocht. Zwar unterscheidet schon Karpzow conatus proximus und remotus in der Weise, daß es zum ersteren nicht genüge, quod actus sit simpliciter propinquus delicto; sed proximus esse debet ipsi consummationi et perfectioni delicti, ita ut sit ultimus actus, qui a delinquente agendus est ad criminis perfectionem. Und auch nach ihm wurde der Unterschied im Allgemeinen dahin angegeben, daß unter conatus remotus bloße Vorbereitungshandlungen, unter conatus proximus dagegen die facta, quae ad criminis perfectionem pertingunt, zu verstehen seien. Wie wenig Bestimmtes damit festgesetzt war, erkennen aber auch die neusten Schriftsteller über den Versuch an, — s. Zachariä II. §. 159. 160. Ja gerade die neuste Bewegung in der Doktrin, welche den Zweck hatte, den Anfangspunkt für die Strafbarkeit des Versuchs weiter vorwärts zu rücken und mit der französischen Formel des commencement d'exécution Alles leisten zu können glaubte, hat auf's Neue gezeigt, wie schwer, ja unmöglich es ist, zwischen entferntem und nahem Versuch eine bestimmte Grenze zu ziehen. Bemerkt man doch, daß sie die Anschaffung eines zur Ausführung nothwendigen Mittels bald zur Vorbereitung, bald zur Ausführung selbst gezählt wissen will [1]), daß sie Handlungen behufs der Versetzung in den zur Verübung des Verbrechens erforderlichen physischen Zustand bald noch als

1) Bauer Anm. zum hannöv. Entw. I. S. 375. II. S. 107. Abh. I. S. 319. 320.

entfernten Verſuch gelten läßt, bald darin ſchon einen Anfang der Ausführung ſieht [1]). Wenn aber Zachariä darin bloße Inkonſequenzen findet, und ſeinerſeits (I. §. 106—108) die Sache dahin entſcheidet: Anfang der Ausführung ſei vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden ſei, welche als wirklicher Beſtandtheil der im Geſetze bedrohten That betrachtet werden könne, wenn alſo mit der Geſetzesübertretung ſelbſt ſchon der Anfang gemacht worden ſei, ſo iſt dies theils nichtsſagend, weil es ganz willkührlich iſt, zu behaupten, daß mit den Vorbereitungshandlungen ein ſolcher Anfang noch nicht gemacht werde; theils offenbart ſich die Inkonſequenz und Haltloſigkeit der ganzen Anſicht ſogleich dadurch, daß auf derſelben Seite auch wieder geſagt wird: Handlungen, die im Allgemeinen nur als vorbereitende erſcheinen, können doch wegen der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Verbrechens den Charakter von Handlungen der Ausführung erhalten, — womit ja ganz offenkundig zugeſtanden iſt, daß eben die unendliche Verſchiedenheit der Handlungen keinen beſtimmten Maßſtab für den Unterſchied zwiſchen bloßer Vorbereitung und Anfang der Ausführung zulaſſe. In der That giebt dies auch Zachariä II. §. 166 ſelbſt unumwunden zu, freilich ohne zu erwägen, daß er damit das Fundament ſeiner ganzen künſtlichen Ausführung über die Strafloſigkeit der Vorbereitungshandlungen umwirft. Schon Böhmer [2]) hat dies richtig angedeutet, indem er zwar auch den hergebrachten ſchwankenden Unterſchied zwiſchen conatus remotus und proximus aufnimmt, dabei aber

1) Bauer a. a. O. I. S. 377. II. S. 106. Mittermaier N. Arch. II. S. 607. Kitka in Wagners Zeitſchr. 1832. I. S. 180 ff.

2) Meditt. in CCC. art. 178. §. 5.

hinzuſetzt, es gebe in beiden Klaſſen wieder Grade: quorum alii sunt remotissimi, alii propiores, alii subinde extremam lineam constituunt, in quibus rite distinguendis sollicitudo judicis versatur. Ebenſo ſagt nun auch Zachariä richtig: Zwar könne der Verſuch, wo nur überhaupt ſein Begriff Anwendung finde, ein näherer oder entfernterer ſeyn; dagegen ſei die gewöhnliche Unterſcheidung zwiſchen conatus proximus und remotus theils an ſich unrichtig und unvollſtändig, weil zwiſchen beiden [unendlich viele] nicht dadurch getroffene Stufen in der Mitte liegen, theils ſei der Ausdruck nächſter Verſuch, wenn man eine Reihe möglicher Stufen darunter begreifen wolle, widerſprechend. Der wahre Fortſchritt in dieſer Lehre ward dadurch gemacht, daß Klein [2]) den ſchon von Böhmer angedeuteten Begriff des beendigten Verſuchs näher fixirte. Denn eben nur der Endpunkt, ſowie der Anfangspunkt des Verſuchs läßt eine genaue, qualitative Beſtimmung zu, während die dazwiſchen liegende Stufenreihe einen unendlichen quantitativen Progreß bildet, wie es denn bei Chayeau et Hélliе Faustin Théorie du Code pénal ganz richtig heißt. Entre ces deux termes de l'entreprise criminelle on peut marquer différents degrès. Mais le législateur ne doit indiquer, que les degrès qu'il peut constater avec certitude et précision; les deux degrès les plus distincts sont la tentative et le délit manqué. Zwar war es ungeſchickt, daß Klein den beendigten Verſuch unter der Bezeichnung des: delictum perfectum mit dem vollendeten Verbrechen koordinirte und dem Verſuche gegenüberſtellte. Allein dieſer Formfehler war leicht zu

2) Grundſätze des peinlichen Rechts. §. 145. Vergl. Feuerbach §. 43. Weber N. Arch. IV. S. 24—55. Roßhirt Lehrb. §. 44.

Digitized by Google

verbessern und dafür in der Sache selbst bedeutend gewonnen, wenn es auch gleich noch lange anstand und großentheils noch heute ansteht, bis man sich mit der einfachen Bestimmung des Anfangspunkts und des Endpunkts begnügte, resp. begnügen wird. Bauer [1]) und Zachariä [2]) haben sehr Recht, wenn sie die alten Unterscheidungen wegwerfen, und an deren Stelle die in beendigten und nicht beendigten Versuch setzen, wie sich dies auch im Wirtemb. Strafgb. findet. Art. 64. 65 [3]). Nur ist es wieder eine andre Frage, ob der Begriff des beendigten Versuchs da, wo er in der Doktrin und Gesetzgebung durchgedrungen ist, auch in seinem ganzen Gehalte anerkannt worden sei? Diese Frage ist nun z. B. hinsichtlich der Ausführung von Zachariä §. 163 ff. [4]) zu verneinen, sofern dieser sogleich mit einem Tadel gegen Klein und zwar deshalb beginnt, weil derselbe diesen Begriff als einen bei allen Verbrechen anwendbaren aufstelle, während er doch auf die sogen. materiellen Verbrechen beschränkt werden müsse [5]). Zu dieser Beschränkung wird nämlich Zachariä durch seine falsche Ansicht über die untauglichen Versuchshandlungen genöthigt, was er selbst nicht läugnet. Er wirft die Frage auf, ob nicht diejenigen, welche in solchen Handlungen überhaupt verbrecherische Ver-

1) Lehrb. §. 61. 62. Abh. I. S. 331 ff.

2) Versuch II. §. 166. AM. Mittermaier N. Arch. IV. S. 3. Vergl. Rossi III. S. 7—12.

3) Vergl. Bad. Entw. Art. 99. f. dagegen Anm. zum Bair. GB. I. S. 179.

4) Vergl. Weber im N. Arch. IV. S. 38. 39. Bauer Abh. I. S. 331. 332. Cucumus N. Arch. X. S. 205—215.

5) Martin §. 49. n. 2 erkennt bei den formellen Verbrechen sogar überhaupt keinen Versuch an.

Digitized by Google

ſuchsakte erblicken, ſie unter die Kategorie des beendigten Verſuchs ſtellen und hiemit dieſe Kategorie zu einer allgemeinen, auch für die formellen Verbrechen paſſenden machen müßten? Er verneint jedoch dieſe Frage, und führt als Grund für dieſe Verneinung an: daß unter dieſer Vorausſetzung Alles von der ſubjektiven Meinung des Thäters abhängig gemacht und keine Rückſicht auf die objektive Beſchaffenheit der Handlung genommen werde. Beendigter Verſuch ſei vorhanden, wenn der Thäter Alles zur Hervorbringung des Verbrechens ſeinerſeits Nöthige gethan habe, gleichwohl aber — durch einen Zufall — der zur Vollendung gehörige Erfolg ausgeblieben ſei. Hievon ſei nun aber der Fall ſehr verſchieden, wenn der Thäter ſich eines untauglichen Mittels bedient oder ſeine Handlung gegen ein untaugliches Objekt gerichtet habe; denn hier könne man offenbar nicht ſagen, daß der Thäter alles ſeinerſeits Nothwendige geleiſtet habe, da er ja dann gerade ein taugliches Mittel hätte wählen oder ſeine Thätigkeit gegen ein taugliches Objekt richten müſſen. Man dürfe daher in dieſem Falle nicht einſeitig auf den Fortſchritt der Thätigkeit des Handelnden Gewicht legen, ſondern müſſe auch den objektiven Gehalt dieſer Thätigkeit berückſichtigen. Daraus ergebe ſich dann, daß in derlei Fällen nur ein nicht beendigter Verſuch anzunehmen ſei [1]). — Allein mittelſt dieſer Behauptungen kommt Zachariä mit ſich ſelbſt in mannigfachen Widerſpruch. Zunächſt ſtellt er ſelbſt ſogleich in Beziehung auf die Anſtiftung den beendigten Verſuch als eine allgemeine, auch auf die formellen Verbrechen anwendbare, Kategorie auf.

1) Vergl. damit die Ausführung von Bauer Abh. I. S. 333, der das Gegentheil behauptet.

Digitized by Google

Sodann macht er aus der einseitigen Berücksichtigung des Fortschritts der Thätigkeit hier einen Vorwurf, während er selbst I. §. 15—19 auf dieses Moment seinen ganzen Versuchsbegriff stützt. Allein, auch abgesehen hievon, vermag er die von ihm selbst approbirten beendigten Versuchsakte nicht gegen die Vorwürfe zu schützen, die er der andern Ansicht macht. Denn, wer bloß ein unzulängliches Mittel braucht oder seine Handlung gegen einen nur in concreto untauglichen Gegenstand richtet, kann gleichfalls nicht für einen solchen gelten, welcher Alles seinerseits Erforderliche geleistet habe; denn vielmehr hätte er hiezu ein zulängliches Mittel, einen auch in concreto tauglichen Gegenstand wählen müssen. Noch ganz besonders nimmt Z. auch dann einen beendigten Versuch an, wenn zur Bewirkung des Erfolgs noch die Handlung eines Andern, entweder des Verletzten oder eines Dritten, hinzukommen mußte (z. B. die vergiftete Speise ist zwar dem zu Vergiftenden vorgesetzt, muß aber erst noch von diesem genossen werden). Bleibt nun diese Handlung aus, so liegt offenbar wieder der Fall vor, daß der Thäter im Mittel oder Gegenstand sich vergriffen hat, daß jedenfalls seine Thätigkeit objektiv unzulänglich war. Man kann hier eben wieder nicht sagen, daß der Thäter alles seinerseits Erforderliche geleistet habe. Da nun aber das Stehenbleiben einer Handlung beim bloß beendigten Versuche überhaupt nur daher rühren kann, daß die Thätigkeit im konkreten Fall — wenn auch Mittel und Objekt abstrakt tauglich waren, — sich als irgendwie unzulänglich erwies, da im Gegentheil der Erfolg und somit die Vollendung hätte eintreten müssen, so führt die Argumentation Zachariä's offenbar auf das Gegentheil dessen, was er beweisen will, nämlich auf die Verwerfung des Begriffs des

beendigten Verſuchs überhaupt. Soll daher dieſer überall Realität haben, ſo muß er wohl einen andern Inhalt haben, als der ihm von Z. gegeben iſt. In der That iſt auch von ſcharfſinnigen Praktikern (z. B. v. Hufnagel [3]) die Unhaltbarkeit des letzteren ganz richtig aufgedeckt worden. Es wird alſo vielmehr der Begriff des beendigten Verſuchs eben nur auf den Fortſchritt der Thätigkeit gebaut werden müſſen, welchen Zachariä dem Begriff des Verſuchs überhaupt zur Grundlage giebt. Die Einwendung, daß hiemit zuviel Gewicht auf die ſubjektive Meinung des Thäters gelegt und die objektive Beſchaffenheit der Handlung zu wenig berückſichtigt werde, iſt ſchlechthin zurückzuweiſen, nachdem aus allem Bisherigen wohl zur Genüge erhellt, daß eben das Weſen des Verſuchs im Uebergreifen der ſubjektiven Seite über die objektive beſteht, wovon es nur eine einfache Konſequenz iſt, daß hier die charakteriſtiſchen Beſtimmungen aus der erſteren, nicht aus der letzteren kommen müſſen. Ueberdies iſt ſchon oben näher gezeigt worden, daß derſelbe Einwurf auch den Verſuch mit tauglichen Mitteln und an tauglichen Objekten treffen würde, da auch dieſer niemals in dem Sinne beendigt werden kann, daß ſich mit Recht ſagen ließe, der Thäter habe alles ſeinerſeits zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche wirklich geleiſtet. Man muß alſo auch hier vielmehr den Ausdruck brauchen: beendigter Verſuch ſei vorhanden, wenn der Thäter Alles gethan habe, was ihm ſeinerſeits zur Hervorbringung des Verbrechens weſentlich erſchien, gleichwohl aber die wirkliche Exiſtenz des Verbrechens nicht zu Stande kam, weil ein vom Thäter entweder

3) Kommentar I. S. 130, welche Ausführung von Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 43 mißverſtanden zu ſeyn ſcheint.

Digitized by Google

nicht berechneter, oder nicht zu lenkender oder ihm zum Voraus durch Irrthum verborgen gebliebener Naturkausalismus wirksam war [1]). So genommen, paßt nun die Kategorie des beendigten Versuchs eben sowohl auf die sog. formellen, als auf die materiellen Verbrechen. Allerdings kann bei den ersteren nur dann von einem beendigten Versuche die Rede seyn, wenn Mittel oder Objekt untauglich waren, während bei letzteren auch die Anwendung an sich tauglicher Mittel auf an sich taugliche Objekte bloß beim beendigten Versuch stehen bleiben kann. Vielleicht möchte man hierin einen bedeutenden Unterschied finden und es als Eigenthümlichkeit der formellen Verbrechen ansehen, daß bei ihnen, sobald nur Mittel und Objekt tauglich seien, anstatt des beendigten Versuchs stets sogleich die Vollendung selbst eintrete, wie ja dies die gewöhnliche Ansicht von ihnen behauptet. Allein dieser Unterschied ist ein bloß scheinbarer und sehr oberflächlicher. Dasselbe muß nämlich auch von den materiellen Verbrechen gesagt werden, da auch bei diesen der Verbrecher erst dann alles seinerseits Erforderliche gethan hat, wenn er seine Thätigkeit so einrichtete, daß sie die den Eintritt des Erfolgs bedingende Naturkausalität nothwendig hervorrufen mußte. Auch bei diesen also kann man von einem beendigten Versuche im Unterschiede von der Vollendung selbst nur dann sprechen, wenn der Verbrecher noch nicht alles seinerseits wirklich Erforderliche, wohl aber Alles, was ihm erforderlich schien, geleistet hat. Sie kommen mithin in diesem das Wesen des beendigten Versuchs konstituirenden Momente

---

1) Dies verkennt auch Weber N. Arch. IV. S. 34—37, obgleich er sich über die Natur des Zufalls und des endlichen Kausalismus im Allgemeinen richtig ausspricht. s. auch Wächter I. S. 142 ob.

Digitized by Google

ganz mit den formellen überein, und es ist keineswegs nöthig, die schon in sich sonderbare Behauptung aufzustellen, daß es zwar bei allen Verbrechen einen bestimmten Anfang des Versuchs gebe, eine Beendigung desselben aber nur bei einigen vorkomme, daher man denn bei den formellen Verbrechen auch nicht von einem nicht beendigten Versuche reden könne. (Hinsichtlich der Anstiftung indessen wird gleichwohl von Zachariä auch bei formellen Verbrechen ein nicht beendigter Versuch zugestanden.) Vielmehr gilt es für alle Verbrechen, daß der Versuch an einem bestimmten Punkte beginnt, und daß er an einem bestimmten Punkte aufhört. Eine Handlung bleibt nämlich solange Versuch, als der Thäter noch nicht alle Ursachen angeregt hat, welche den Eintritt der wirklichen Existenz des Verbrechens bedingen. Hat er dies gethan, so liegt nicht mehr Versuch vor, sondern das Verbrechen wird vollendet. Die letzte Grenze für den Versuchsbegriff kann also nur da gesetzt werden, wo der Thäter zwar noch nicht alles Erforderliche geleistet hat, aber in dem Glauben steht, es geleistet zu haben, wenn das Verbrechen für ihn, für seine Subjektivität, aber noch nicht objektiv vollendet ist.

Aus dem bisher Angeführten geht nun auch näher hervor, warum die Ausführung Zachariäs, daß auch von einem beendigten Versuche noch straflos abgestanden werden könne, jedenfalls mißglücken mußte [1]). Einmal nämlich, — und darauf wurde schon oben (zu §. 121) aufmerksam gemacht, — geht er dabei von einem Begriff des beendigten Versuchs aus, der wesentlich mit dem des vollendeten Verbrechens zusammenfällt und wird dadurch zu den widersprechendsten und auffallendsten Be-

1) Vergl. Rossi III. S. 7.

hauptungen genöthigt, z. B. daß bei formellen Verbrechen kein beendigter Verſuch möglich ſei, daß es aber gleichwohl wünſchenswerth wäre, wenn die Geſetze theilweiſe bei ihnen auch die Reue nach vollbrachter That berückſichtigen wollten, ferner daß bei materiellen Verbrechen das eine Mal ein ſtrafloſes Aufgeben des beendigten Verſuchs noch möglich ſeyn ſoll, das andre Mal nicht. Konſequenter Weiſe hätte er aber von ſeinem Begriffe des beendigten Verſuchs aus geradezu dieſe Möglichkeit überhaupt läugnen müſſen. Sodann aber wäre eben dies auch dann nothwendig geweſen, wenn er von dem wahren Begriffe des beendigten Verſuchs ausgegangen wäre. Denn der beendigte Verſuch iſt, wie gezeigt, für den Thäter und ſein ſubjektives Bewußtſein das vollendete Verbrechen ſelbſt; er glaubt in dieſem Augenblicke alle den Eintritt der verbrecheriſchen Wirkung bedingenden Natururſachen angeregt zu haben. Für ihn iſt daher auch kein freiwilliges Abſtehen von einem bloßen Verſuche mehr denkbar. Denn eben die Grenze des Verſuchs iſt er ſich ja bewußt, hinter ſich zu haben. Offenbar kann es aber bei der ganzen Frage über das freiwillige Abſtehen vom Verſuche vornämlich nur auf die Subjektivität des Thäters ankommen, nur darauf, in welchem Stadium er zu ſtehen glaubt. Wenn er nun glaubt, ſeine böſe Abſicht ſchon vollſtändig an die Auſſenwelt entäuſſert zu haben, ſo liegt ja für ihn kein Verſuch mehr vor, den er abbrechen könnte, ſondern das freiwillige Zurücktreten wäre für ihn eine zu ſpät kommende Reue. — Man könnte etwa einwenden wollen, nach dieſem Principe müßte man auch dann nach der Meinung des Thäters ſich richten, wenn dieſer etwa bereits ein Delikt vollendet hätte, aber noch bei einem bloßen Verſuche zu ſtehen meinte, z. B. bei einem

Digitized by Google

mittelſt Fälſchung verſuchten Betruge, wo der Thäter die bereits vollbrachte Fälſchung als bloßen Verſuch des Betrugs auffaſſen könnte. Allein es iſt leicht zu bemerken, daß dieſe Einwendung ſchief wäre, weil in dem vorausgeſetzten Fall ein nicht zu beachtender Rechtsirrthum vorhanden wäre, während dem wahren Falle des beendigten Verſuchs ſtets ein faktiſcher Irrthum zu Grund liegt, nämlich der irrige Glaube, daß der Thäter alles zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche geleiſtet habe, während es ſich objektiv anders verhält. Was aber insbeſondere die ſchon oben (§. 121) ausgehobene Bemerkung von Zachariä betrifft, daß zwei moraliſch gleiche Fälle juriſtiſch ungleiche Behandlung erfahren und daß wir uns hierüber mit dem auch ſonſt ſtattfindenden Einfluſſe des Zufalls tröſten müſſen, ſo wird nun klar ſeyn, warum dieſe Bemerkung auch von dem richtigen Begriffe des beendigten Verſuchs aus ſchief iſt. Ohne Zweifel nämlich wird man in einem Falle, wo der Thäter noch die Möglichkeit in der Hand hat, den wirklichen Eintritt des Erfolgs abzuwenden, und dieſe Möglichkeit benützt, gar nicht ſagen können, daß er einen bereits beendigten Verſuch wieder aufgegeben habe. Vielmehr wird hier der Verſuch erſt dann ein beendigter, wenn der Thäter jene Möglichkeit nicht benützt; denn erſt dann kann er glauben, alles ſeinerſeits Erforderliche geleiſtet zu haben, während dieſes Bewußtſein unmöglich iſt, ſolang der Thäter weiß, daß er den Erfolg noch abwenden könne.

Das Reſultat wäre alſo dies: Bei allen Verbrechen läßt ſich ein beſtimmter Anfangspunkt des ſtrafbaren **Verſuchs fixiren. Von dieſem Momente an wächst mit dem Fortſchritt der Thätigkeit die Intenſität der Schuld ſtetig fort bis zu dem Momente, wo die Abſicht voll-**

ständig in die Objektivität umschlägt, d. h. das Verbrechen seine Vollendung erhält. In diesem quantitativen Progresse lassen sich jedoch keine qualitativen Unterschiede, d. h. Grade firiren. Wohl aber läßt sich der Punkt aufzeigen, wo die fortschreitende Handlung jedenfalls die Grenze des Versuchsgebiets erreicht. Dieser Punkt liegt dann vor, wenn der Thäter mit seiner Thätigkeit zu Ende zu seyn glaubt. Entweder ist dieser Glaube objektiv gegründet, — dies ist der Fall, wenn der Thäter in concreto taugliche Mittel gegen ein in concreto taugliches Objekt angewandt hat, — dann schlägt die Handlung unmittelbar in die Vollendung, in die positive Existenz des Verbrechens um. Oder jener Glaube beruht auf einem Irrthum, — dies ist der Fall, wenn der Thäter die äusseren Umstände oder den darin wirksamen Naturkausalismus nicht richtig berechnet oder geleitet hat, so daß nun gegen seine Erwartung und seinen Willen die beabsichtigte Wirkung ausbleibt, — dann liegt ein beendigter Versuch vor. In diesem Falle nun ist so wenig mehr ein freiwilliges Zurücktreten möglich, als nach vollendetem Verbrechen, weil in demselben das Verbrechen wenigstens subjektiv, für den Handelnden bereits vollendet ist. Diese Grenze des Versuchs ist aber eine allgemeine, bei allen Verbrechen mögliche, und man hat daher kein Recht, in dieser Beziehung formelle und materielle Delikte zu unterscheiden; vielmehr muß die Eintheilung des Versuchs in beendigten und nicht beendigten als eine durchgreifende betrachtet werden. Letztres erkennt auch z. B. das Wirtemb. Strafgb. an, obgleich es allerdings den beendigten Versuch (Art. 64) unrichtiger Weise zu eng und so definirt, als bezöge sich dieser Begriff nur auf die Klasse der sogen. materiellen Verbrechen. Denn im Art. 72 ist dieser Mangel wieder verbessert. Indessen

Digitized by Google

ist hier auch insofern der Begriff des beendigten Versuchs falsch angegeben, als mit Zachariä gefordert wird, daß der Thäter Alles gethan habe, was von seiner Seite zur Vollendung nöthig gewesen sei. Dagegen ist aber Hufnagel Kommentar I. S. 130—132 zu vergleichen. — Eine andre Frage ist nun übrigens wieder die, ob bei der Bestrafung der Versuchshandlungen immer der gleiche Maßstab zu Grund zu legen, ob also der Fortschritt der äussern Thätigkeit das einzige Moment zur Messung der Schuld sei?

§. 124.

Wenn nun aber zwischen dem Anfangs- und Endpunkte die verbrecherische Qualität des Versuchs mit dem Fortschritte der äusseren Thätigkeit sich steigert, weil dieser Fortschritt ein Wachsen der Intensität der Schuld mit sich bringt, so kann für diese Steigerung doch nicht in allen Fällen der gleiche Maßstab bestehen. Vielmehr macht die objektive Beschaffenheit der Handlung, zwar nicht für sich, sondern eben nur, wie immer beim Versuche, als Erscheinung der darin manifestirten verbrecherischen Subjektivität, noch in einem weiteren Unterschiede sich geltend. Dieser Unterschied liegt nicht etwa darin, daß eine Versuchshandlung um so verbrecherischer ist, je mehr sie schon objektiv rechtsverletzend geworden ist. Denn so wahr dies ist, so wenig gehört es zum Wesen des Versuchs als solchen, das nie von der äusserlichen Seite der Handlung für sich her Bestimmungen annehmen kann. Entweder lag einer solchen Rechtsverletzung eine von der Hauptabsicht unterscheidbare eigenthümliche Absicht zu Grunde (es sollte das wirklich existent gewordene Verbrechen nur als Mittel für die Begehung eines weiteren dienen); — dann liegt nur eine Konkurrenz des Versuchs mit einem andern Verbrechen vor. Oder die existent gewordene Rechtsverletzung bildet nur einen wesentlichen Theil vom Thatbestande des allein beabsichtigten Verbrechens;

Digitized by Google

dann fällt die größere verbrecherische Qualität eines solchen Versuchs unter das obige Gesetz von der Steigerung der Schuld, die im Fortschritte der Handlung liegt. — Dagegen liegt nun der gedachte Unterschied darin, daß eine objektiv schlechthin untaugliche Versuchshandlung stets für minder strafbar gehalten werden muß, als eine an sich objektiv taugliche. So wenig es wahr ist, daß eine Handlung der ersteren Art überall nicht verbrecherisch sei, so gewiß ist doch, daß eine Handlung, welche in sich selbst die Unmöglichkeit der Vollendung trägt, von geringerer verbrecherischer Qualität ist, als eine solche, welche diesen Mangel nicht hat. Obgleich nämlich auch eine an sich taugliche Versuchshandlung sich im konkreten Falle als eine unzulängliche darstellt, sofern der Thäter in den äusseren Kausalismus auf eine irgendwie ungeschickte Weise eingegriffen hat, so ist jenes doch in doppeltem Maße bei den an sich untauglichen Versuchsakten der Fall. Wenn nun die geringere Strafbarkeit des Versuchs überhaupt daraus folgt, daß erst mit dem Fortschritte der äusseren Thätigkeit die Intensität des bösen Willens sich immer tiefer aktualisirt, daher das Maß der Strafe für den Versuch in Proportion zu der Strafe der Vollendung der Handlung stehen muß, so tritt eben bei den untauglichen Versuchshandlungen ein andrer letzter Punkt an's Ende der Reihe, als bei den tauglichen, nämlich nicht das vollendete Verbrechen, welches bei jenen gar nicht möglich ist, sondern eben nur der beendigte Versuch, als das Letzte, wozu sie es überall bringen können. Dies scheint zwar eine rein objektive Bestimmung zu seyn, da der Thäter auch bei der untauglichen Versuchshandlung nicht bloß die Beendigung des Versuchs, sondern die wirkliche Vollendung des Verbrechens beabsichtigt. Allein, wenn man bedenkt, daß zum Willen nothwendig auch das Wissen gehört, so erhellt leicht, daß ein böser Wille, dem sein Wissen adäquat ist, intensiv stärker seyn muß, als ein solcher, bei dem das

Digitized by Google

Gegentheil ſtattfindet. Eben von dieſem inneren Widerſpruch in der verbrecheriſchen Subjektivität, wie er bei der untauglichen Verſuchshandlung ſtattfindet, iſt es nur die äuſſerliche Erſcheinung, daß die letztere ihren Endpunkt da hat, wo bei der tauglichen erſt der Verſuch beendigt iſt, eben weil jener innere Widerſpruch die Unmöglichkeit der äuſſeren Realiſirung der Abſicht bedingt.

Anm. — Die hier gegebene Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlung wäre freilich überflüſſig, wenn Zachariä mit der Behauptung Recht hätte, daß eine ſolche ſtets nur unter die Kategorie des nicht beendigten Verſuchs geſtellt werden dürfe. II. §. 163. Allein es wurde ſchon oben gezeigt, daß dieſe Behauptung mit einer unrichtigen Auffaſſung des beendigten Verſuchs überhaupt zuſammenhänge. — Sie wäre ferner überflüſſig, wenn die Behauptung richtig wäre, daß beim Verſuch die Schädlichkeit, resp. Gefährlichkeit der äuſſeren Handlung für ſich über die relative Strafbarkeit entſcheide. Allein auch dieſe Anſicht wurde als irrig nachgewieſen und gezeigt, daß beim Verſuche überall die äuſſere Thätigkeit für ſich ohne Bedeutung, und nur als Erſcheinung der verbrecheriſchen Subjektivität von Gewicht ſei. Will man mithin die geringere Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlungen deduciren, ſo darf man nicht von der objektiven, ſondern man muß von der ſubjektiven Seite ausgehen. Man muß zeigen, daß der in ihnen ſich manifeſtirende verbrecheriſche Wille von geringerer Intenſität ſei. Dies geſchieht nun im obigen Paragraphen. Daß darin aber kein Widerſpruch gegen den oben mehrfach ausgeſprochenen Satz liege, daß auch die nur unzulänglichen (gewöhnlichen) Verſuchshandlungen ſich in concreto als untaugliche beweiſen, daß daher die Verwerfung der Strafbarkeit der in abstracto untauglichen konſequenter

Digitized by Google

Weise auf die Verwerfung der Strafbarkeit des Versuchs überhaupt führen würde, weil der von der objektiven Gefährlichkeit hergenommene Grund für alle Versuchshandlungen passe, — das ist leicht zu bemerken. Denn, wenn wir alle Versuchshandlungen, die tauglichen und die untauglichen, eben nur um der in ihnen manifestirten Subjektivität willen für verbrecherische und hiebei die objektive Beschaffenheit der äusseren Thätigkeit für sich für indifferent erklären, so ist damit noch nicht gesagt, daß auch in beiden Arten von Handlungen das gleiche Maß verbrecherischer Subjektivität liege. Vielmehr eben dies ist nun erst die Frage, die sich nach den im Paragraphen angegebenen Momenten entscheidet [1]).

Daß hiebei die äussere Beschaffenheit der Handlung für sich kein Gewicht habe, das liegt in der ganzen bisherigen Entwicklung. Und eben aus dieser geht auch das im Paragraphen weiterhin Angegebene hervor: daß die mit einer Versuchshandlung verbundene mehr oder minder rechtsverletzende Qualität für sich kein Moment für deren relative Strafbarkeit seyn kann. Denn entweder liegt hier ein qualificirter Versuch vor, d. h. es lassen sich zweierlei Verbrechen unterscheiden, die sich wie Zweck und Mittel verhalten, — dann fällt das vollendete Verbrechen ganz ausserhalb des Gebiets der Versuchsfragen: oder es liegt nur ein Verbrechen vor, zu dessen Thatbestande aber die bereits existent gewordene Rechtsverletzung wesentlich gehört; dann kann, wie Zachariä II. S. 76—78 vgl. I. §. 140 ganz richtig ausführt, von keinem qualificirten Versuche die Rede seyn; allein es ist an dem Falle auch nichts Besonderes, vielmehr fällt er einfach unter die allgemeine Regel, daß der Versuch um

1) Vgl. Oersted Grundregeln. S. 164—180.

Digitized by Google

so verbrecherischer ist, je weiter die Handlung zur Vollendung fortgeschritten ist.

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte es vielleicht nun dennoch scheinen, als ob der obigen Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen eine selbständige Berücksichtigung der objektiven Seite zu Grunde läge. Und in einem gewissen Sinne muß dies auch zugegeben werden, übrigens ohne daß die Entwicklung der geringste Vorwurf der Inkonsequenz treffen könnte. Der Satz nämlich, daß Alles auf die Subjektivität ankomme, hat eben nur innerhalb des Versuchsgebiets selbst seine Wahrheit; er verliert sie aber, sobald der Versuch in die Vollendung übergeht, da eben in der Vollendung die im Versuch frei und selbständig gewordene Subjektivität wieder zur Objektivität zurückkehrt, und die Totalität der Handlung aus der vermittelten Einheit beider Seiten resultirt. Eben daher wurde auch schon oben (§. 119) ausgeführt, daß das Willensmoment im Versuche nicht als Vorsatz, sondern nur als Absicht bestimmt werden dürfe, daß es vermöge seiner Beziehung auf die Totalität der Handlung eine objektive Maßbestimmtheit haben müsse. Ist nun aber als Endpunkt des Versuches überhaupt sein durch die objektive (vom Belieben des handelnden Subjekts unabhängige) Natur der Handlung bestimmtes Ziel anzuerkennen und in Proportion zu diesem seine verbrecherische Größe, hiemit seine Strafe, auszumessen, so ist klar, daß gedachter Endpunkt für eine an sich untaugliche Versuchshandlung ein andrer, auf der Skala der Strafbarkeit niedriger liegender seyn muß, als für eine an sich taugliche. Denn während ihn für letztere das vollendete Verbrechen bildet, so bildet ihn für erstere der beendigte Versuch, da es in der Natur einer solchen Handlung liegt, niemals die

Digitized by Google

Vollendung hervorbringen zu können. Allein es würde wieder eine sehr oberflächliche Betrachtung seyn, wenn man sagen wollte, daß hier die objektive Beschaffenheit der Handlung für sich in's Gewicht falle. Denn in der That haben ja menschliche Handlungen überall nicht, wie äussere Naturereignisse, eine objektive Beschaffenheit für sich, sondern erhalten sie stets, mittelbar oder unmittelbar, durch die darin sich ausprägende Subjektivität; daher der von Zachariä mehrfach wiederholte Trost, daß man ja im Strafrecht so oft vom Zufall sich die Rechnung machen lassen müsse, ein zwar bequemer, aber sehr schaler ist. Auch in unsrem Falle verhält es sich nun durchaus auf die angegebene Weise. Daß nämlich für die untaugliche Versuchshandlung den Endpunkt nicht das vollendete Verbrechen, sondern nur der beendigte Versuch ausmachen kann, daß sie daher stets um einen Grad niedriger bestraft werden muß, als die taugliche, — wie dies auch im Wirtemb. Strafgb. Art. 72 ganz richtig verordnet ist, — das ist nur die Konsequenz des inneren Widerspruchs, der in solchem Falle in der verbrecherischen Subjektivität selbst liegt, sofern ihr Wissen ihrem Wollen nicht adäquat ist, — ein Widerspruch, der nothwendig eine geringere Intensität des bösen Wollens bedingt, als da, wo er nicht stattfindet. Ganz nach demselben Gesetze geschieht es, wenn wir einem Menschen, der löbliche Zwecke mit schlechthin unzureichenden Mitteln verfolgt, nicht die gleiche Energie des sittlichen Willens zuerkennen, wie dem, welcher die rechten Mittel wählt [1]).

Indessen könnte diese ganze Beweisführung letzlich

---

1) S. auch Preuss. L. R. II. 20 §. 866. Wirt. Strafgb. Art. 72. Sächs. Gb. Art. 26. Hannöver. Entw. Art. 40. Bad. Entw. Art. 98. Bair. Entw. 1831 §. 48.

Digitized by Google

doch noch scheitern, wenn die Ansicht derjenigen richtig wäre, welche behaupten, daß, wenn auch die geringere Strafbarkeit des Versuchs im Allgemeinen zugegeben werde, doch wenigstens der beendigte Versuch in der Strafe dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt werden müsse [1]). Allein hiegegen ist gerade das vorhin Gesagte zu wiederholen, daß allerdings innerhalb des Versuchs-Gebietes selbst die Subjektivität das allein Bestimmende ist, daß aber dieser Satz sogleich unwahr wird, wenn es sich von der Totalität der verbrecherischen Handlung handelt. Diese ist eben nur die vermittelte Einheit des Willens und des Thatmoments; und, da das Verbrechen wesentlich Handlung ist, so kann auch nur die vollendete Handlung den vollen Begriff desselben darstellen. Daraus folgt aber von selbst, daß nicht das volle Verbrechen vorliegen kann, wo entweder das Willensmoment dem Thatmoment nicht adäquat ist, wie beim Versehen, oder wo der umgekehrte Fall eintritt, wie beim Versuch. Eben diese Unangemessenheit des Thatmoments findet aber auch beim beendigten Versuche vollkommen statt. Bei dieser Frage hat daher Zachariä [2]) durchaus Recht, wenn er sich auf die Wesentlichkeit der objektiven Seite und auf den Unterschied der rechtlichen und moralischen Zurechnung beruft.

C) Die Vollendung.

§. 125.

Im Versuche erschien das Thatmoment als hinter das Willensmoment zurückgetreten, als dessen unangemessene Erscheinung, die ihre Bedeutung eben nur durch die in ihr

1) s. die bei Zachariä II. S. 65. n. 1. Angeführten.

2) II. §. 178. Der Inhalt des §. 177 verstand sich so sehr von selbst, daß er wohl wegbleiben konnte.

Digitized by Google

reflektirte Subjektivität erhielt. Allein das, so als das Alleinbestimmende gesetzte, Willensmoment mußte gleichwohl auch andrerseits sich als bestimmt durch die objektive Natur der Handlung anerkennen. Denn einmal durfte es sich nicht in der Form des subjektivbeliebigen Vorsatzes, sondern nur in der bereits objektiv bestimmten Form der Absicht geltend machen. Sodann aber ergab sich, daß sich die Intensität des verbrecherischen Willens im Versuche eben nur nach dem Fortschritte der äusseren Thätigkeit zu dem objektiven Ziele der Absicht, d. h. nach ihrer Annäherung zu der objektiven Existenz des Verbrechens messen lasse. Die Wesentlichkeit der objektiven Seite erhält hiemit die konkretere Bedeutung, zwar nicht für sich das Wesen des Verbrechens, aber auch nicht bloß die für sich indifferente Erscheinung der verbrecherischen Absicht, sondern zur Totalität der verbrecherischen Handlung auch für sich wesentlich zu seyn. Indem sich aber solchergestalt die objektive Seite mit der subjektiven zur vermittelten Einheit der Totalität der verbrecherischen Handlung zusammenschließt, so stellt sich diese nunmehr, wie sie subjektiv gewendet als absichtliche Handlung erschien, objektiv gewendet als vollendetes Verbrechen dar.

Anm. — Im vorigen Abschnitte hat sich die Subjektivität der Handlung für sich geltend gemacht, indem sie sich zunächst in der subjektiv willkürlichen Form des Vorsatzes setzte. Sie mußte aber im Versehen sich als abhängig von der objektiven Natur der Dinge bekennen und endlich als Absicht objektive Maßbestimmtheit annehmen. Hier hat sich nun die Objektivität der Handlung für sich geltend gemacht und sich zunächst als das abstrakt Wesentliche, in sich selbst die Totalität der verbrecherischen Handlung Enthaltende gesetzt. Im Versuche zeigte sich aber sofort, daß auch eine äusserlich ganz indifferent und unschuldig erscheinende Handlung gleich-

wohl als verbrecherisch betrachtet werden muß, weil sich in ihr eine verbrecherische Subjektivität, wenn auch auf nicht adäquate Weise, manifestirt. Es mußte daher umgekehrt die objektive Seite sich als abhängig von der subjektiven bekennen. Beide Forderungen, die der objektiven und die der subjektiven Bestimmtheit, gehen nun in dem Begriffe des vollendeten Verbrechens zur vermittelten Einheit zusammen, d. h. zu der Einheit, in welcher die beiden Momente gegenseitig durch einander gesetzt erscheinen. Wie namentlich auch die im Versuch überwiegend freigewordene Subjektivität doch wieder durch die objektive Seite sich bestimmen lassen müsse, das ist im §. näher angegeben. Hiemit ist nun nach der objektiven Seite hin die Totalität der Handlung aus der Differenz ihrer Momente (im Versuch) eben so wieder hergestellt, wie sie sich nach der subjektiven Seite hin aus der entsprechenden Differenz (im Versehen) im Begriff der absichtlichen Handlung wieder herstellte. Es stellen sich hiemit doloses Verbrechen und vollendetes Verbrechen als Bezeichnungen einer und derselben Sache, nur unter verschiedenen Gesichtspunkten dar [1]). Zugleich ergiebt sich, was schon zu §. 119 angedeutet wurde, daß die Bezeichnung: vollendetes Verbrechen überall nur von dolosen, nicht aber von kulposen Handlungen gebraucht werden kann.

§. 126.

Wann nun ein Verbrechen als vollendet anzusehen sei, das bestimmt sich lediglich aus der inneren Natur und dem Begriffe desselben. Das Nähere davon kann erst bei der Darstellung der besonderen Verbrechen ausgeführt, indessen

1) Berner a. a. O. S. 175.

Digitized by Google

kann schon hier das, freilich sehr abstrakte, Princip aufgestellt werden, daß der Moment der Vollendung jedes Mal dann eintrete, wenn das den Gegenstand des Verbrechens bildende Recht als Recht wirklich verletzt erscheine. Dabei kann der gewöhnlich aufgestellte Unterschied zwischen materialen und formalen Verbrechen als oberflächlich und nichtssagend bei Seite gelassen werden [1]).

Anm. — Die eben gedachte Unterscheidung ist eine der heutigen Doktrin sehr geläufige, gehört aber zu den vielen ähnlichen, die nur für das am Aeusserlichen klebende Denken einigen Werth haben. Bedeutend wäre sie nur dann, wenn sich die Ansicht halten ließe, daß das Stadium des beendigten Versuchs bloß bei den sogen. materialen Verbrechen möglich sei, was aber, wie gesagt, nicht der Fall ist. — Wahr ist es allerdings, daß, äusserlich genommen, das Stadium der Vollendung bei den verschiedenen Verbrechen insofern verschieden festgesetzt zu seyn scheint, als bei einigen ein äusserer Erfolg, oder bestimmter gesagt, eine physische Veränderung des unmittelbaren Objekts der Handlung gefordert wird, bei andern nicht. Eben diese vermeintliche Ungleichheit hat man auch wohl dem positiven Rechte schon zum Vorwurfe gemacht, indem man sagte [2]), die Strafe sei auf den Willen zu beziehen, vom Zufall dürfe dabei nichts abhängig gemacht werden, der Gesetzgeber könne nicht darauf ausgehen, die Wirkungen der menschlichen Handlungen zu bestimmen. Allein mit Recht werden diese Vorwürfe von Andern zurückgewiesen, so namentlich von Zachariä II. §. 178, der sogleich den Hauptgrund, daß im Strafrecht das Thatmoment wesentlich sei, richtig

1) Vgl. Heffter §. 59. Anm. 2.

2) Grolman Grundsätze §. 80. Oersted Grundregeln S. 163 ff.

Digitized by Google

voranstellt, sodann aber sehr treffend insbesondere darauf aufmerksam macht, „daß, abgesehen von der freien Selbstbestimmung des Willens, überall keine menschliche Handlung unbedingt potestativ sei, daß mithin der Gesetzgeber, wenn er die gewöhnlich durch den Willen bestimmbare äussere Thätigkeit des Menschen als Bedingung für die Strafbarkeit berücksichtigen müsse, folgeweise auch die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge durch die äussere Thätigkeit hervorzurufende Wirkung der äusseren Thätigkeit in den Begriff des Verbrechens müsse aufnehmen dürfen." — In einer Anm. setzt er hinzu: „Dieß gilt von allen Verbrechen, welche in Verletzung materieller Rechte bestehen, und der Unterschied zwischen den Verbrechen, welche erst durch den Eintritt eines gewissen Erfolges, und denjenigen, welche schon durch bloße verbrecherische Thätigkeit vollendet werden, liegt nur darin, daß in gewissen Fällen erst durch die Aufhebung oder Störung eines gewissen physischen Zustandes das Recht selbst als verletzt betrachtet werden kann, während da, wo das Recht bloß in der Vorstellung existirt (ein Gleiches gilt von den Vergehen gegen die Sittlichkeit), die Verletzung schon durch die bloße Thätigkeit als konsummirt erscheint." Hiemit ist im Wesentlichen das Richtige angedeutet, und als weitere Ausführung davon können zunächst die §§. 12 und 13 in Bd. I. gelten, wenn gleich weder die Ausdrücke für gehörig präcis, noch die Beispiele für durchaus richtig gehalten werden können [1]). Das Nähere kann erst bei der Darstellung der besondern Verbrechen angegeben werden, wo denn aus der Entwicklung der allgemeinen Natur eines jeden von selbst hervorgehen wird, worin

1) s. auch **Ketelholdt de Consummatione.**

Digitized by

das verletzte Recht und hiemit auch die Verletzung selbst ihre adäquate Existenz haben. Um nur ein Beispiel vorläufig anzuführen, so ist das Objekt der Fälschung die fides publica, deshalb das Verbrechen jedes Mal konsummirt, sobald (wie Hefftter [1]) richtig sagt) das wahrheitswidrige Handeln in der speciell vorausgesetzten Form soweit gediehen ist, daß daraus eine wirkliche Täuschung Mehrerer entstehen kann, ohne daß es mehr in des Thäters Macht läge, diese Wirkung zu verhindern; dagegen ist das Objekt des Betrugs die im Eigenthum, näher im Verkehrsverhältnisse vermittelte Persönlichkeit, und deßhalb ist der Betrug erst dann konsummirt, wenn eine wirkliche Täuschung der Person erfolgt und derselben hieraus ein Schaden zugegangen ist. Es wird sich aber eben zeigen, daß das Erforderniß eines solchen materiellen, handgreiflichen Erfolgs einfach in der Natur des Privatrechts und seiner äusserlich unmittelbaren Existenz liegt, während anderen Rechten eine vermittelte Existenz zukommt, daher dann auch ihre Verletzung nicht eine so physisch greifbare Existenz erfordert, daß aber dieser ganze Unterschied weder einen wissenschaftlichen, noch einen praktischen Werth hat, — letzteren nicht aus dem oben angef. Grunde, ersteren aber deshalb nicht, weil es für den Begriff der Verletzung gleichgiltig ist, ob sie eine unmittelbar sinnliche, oder eine vermittelte Existenz habe, vielmehr wesentlich nur das ist, daß sie eben da ihre Existenz haben müsse, wo das Recht solche hat, welches den Gegenstand der Verletzung bildet.

§. 127.

Alle wirklichen dolosen Verbrechen lassen den Begriff

1) Lehrbuch §. 385.

der Vollendung und somit auch den des Verſuchs zu. Denn alle ſind weſentlich Handlungen, die in den Verlauf der Zeit fallen und ein Fortſchreiten der äuſſeren Thätigkeit bis zu einem gewiſſen Punkte fordern, zugleich aber ſind ſie ſämmtlich als Handlungen dem Naturkauſalismus unterworfen, vermöge deſſen das Subjekt über die äuſſeren Umſtände und Bedingungen ſeines Handelns nicht vollſtändig Herr und daher der Möglichkeit ausgeſetzt iſt, trotz der Abſicht der Vollendung es doch nur bis zum Verſuche zu bringen.

Anm. — Es iſt eine neuerdings vielbeſprochene Frage, ob überhaupt alle doloſen Verbrechen einen Verſuch zulaſſen, ob es nicht vielmehr ſolche gebe, mit denen das Gegentheil ſtattfinde, „weil jede äuſſere Handlung, ſie möge beſchaffen ſeyn, wie ſie wolle, es möge viel oder wenig geſchehen ſeyn, entweder ſchon vollſtändig dem geſetzlichen Begriffe entſpreche oder rechtlich gleichgiltig ſei, ſofern ſie auf das Daſein des dolus nicht ſchlieſſen laſſe.“ [1]) — Als ſolche Handlungen glaubte Mittermaier [2]) die Kinderausſetzung, die Unterſchlagung, die Exceſſe in Ausübung eines Rechts, den Hochverrath, die Majeſtätsbeleidigung, die Injurien und die Verbrechen im Affekte geltend machen zu können. Was den Affekt betrifft, ſo iſt davon ſchon oben das Nöthige angeführt worden. In Beziehung auf die übrigen Momente aber iſt im Weſentlichen der ſorgfältigen Gegenausführung von Zachariä [3]) beizupflichten, der ganz treffend ſagt: „Mögen auch die äuſſeren Handlungen noch ſo raſch aufeinander folgen, mögen ſie, wenn das Verbrechen vollendet iſt, ſcheinbar in einen Moment

1) Zachariä I. §. 32.

2) N. Arch. IV. S. 17. ff., vgl. Pratobevera Materialien VI. S. 358. Martin §. 49. n. 2. Rossi II. S. 266.

3) I. §. 43—47. vgl. Bauer Lehrb. §. 67. n. a.

zusammenfallen, so ist doch dieß eben nur scheinbar, und — abgesehen davon, daß die Bewirkung des äussern zum Begriff des Verbrechens nothwendigen Erfolgs eigentlich nie allein vom Willen und der Thätigkeit des Verbrechers abhängig ist, sondern das Zusammenwirken von Naturkräften erfordert, — ist in der Regel zur Erreichung des verbrecherischen Zwecks die Ergreifung und Benützung verschiedener Mittel nothwendig, bei der sich eine entweder aus einer konträren Willensbestimmung des Handelnden oder aus äusseren Hindernissen hervorgehende Unterbrechung sehr wohl denken läßt." I. §. 33. Gleichwohl kann in mehreren Punkten Zachariä nicht beigestimmt werden. Zunächst nicht darin, daß er bei dieser Argumentation überall nur die sogen. materiellen Verbrechen im Auge hat, mithin den andern im §en angegebenen Grund, der sich auf alle, vornämlich aber auf die sogen. formellen Verbrechen bezieht, geradezu ignorirt. Sodann aber erfordert das, was Z. über die Unterlassungs-Verbrechen, und das, was er über die Injurien sagt, gleichfalls eine Berichtigung. Was erstere betrifft, so hat er zwar in der Sache Recht, Unrecht aber darin, daß er unter der Rubrik: Unterlassungs-Verbrechen Dinge zusammenstellt, die nicht zusammen gehören. Schon oben wurde nämlich bemerkt, daß Luden ganz Recht habe, wenn er unter Unterlassungsverbrechen nur solche verstanden haben will, die eben nur durch Unterlassung eines gesetzlich gebotenen Handelns begangen werden können, nicht aber solche Unterlassungen, wodurch ein Verbrechen entsteht, das ebensowohl auch durch positive Handlungen begangen werden kann. Von letzteren behauptet nun Zachariä ganz mit Recht, daß bei ihnen ein Versuch möglich sei, während er es von den ersteren läugnet. Dieß ergiebt aber keine Anomalie, da, wie

schon oben bemerkt wurde, die Unterlassungsverbrechen, welche allein diesen Namen verdienen, nur die Natur von Polizeivergehen haben [1]). Was sodann die Injurien betrifft, so wird von Zachariä richtig anerkannt, daß die symbolischen, die schriftlichen und die Realinjurien einen Versuch allerdings zulassen; dagegen glaubt er dieß für die Verbalinjurien läugnen zu müssen, weil als Mittel hier das Wort diene, das, so lange es nicht ausgesprochen werde, bloßer Gedanke, hiemit kein Gegenstand des Strafrechts sei. Allein dagegen ist zu bemerken, daß auch bei der Verbalinjurie ein Versuch wenigstens in der Weise möglich ist, daß der Thäter sich im Objekt oder Mittel vergreift; jedoch, auch hievon abgesehen, läßt sich ein Versuch bei Verbalinjurien gar wohl denken, da sich die injuriöse Absicht sehr deutlich in Miene und Geberde ausprägen kann. Wenn nun allerdings Gedanken, selbst injuriöse, zollfrei sind, so gilt dieß doch nicht auch von der Aeusserung der Gedanken. Vollendet ist freilich ferner die Aeusserung des injuriösen Gedankens erst dann, wenn er im Wort sich verkörpert hat; allein das dem Ausbruch des injuriösen Worts (oder gar eines Stromes von Schmähungen) vorhergehende, die Absicht bereits äussernde Benehmen kann allerdings ganz mit Recht als Versuch bezeichnet werden, wenn nun noch eine Unterbrechung erfolgt, weil vielleicht der Injuriant eine Person unter der Gesellschaft entdeckt, bei deren Anblick ihm das Wort auf der Lippe erstirbt. Hierauf zu bestehen, ist um so wichtiger, da aus der gegentheiligen Ansicht konsequenterweise folgt, daß gegen Verbalinjurien auch keine Nothwehr zulässig sei.

---

1) s. auch Jenull Oestr. Krim. Recht. I. S. 198. Bauer Abh. I. S. 338.

Digitized by

§. 128.

So wenig als durch das Zusammentreffen von dolus und culpa ein besonderer Schuldgrad begründet wird (§. 112), ebensowenig geschieht dieß durch das Zusammentreffen eines Versuchs mit einem vollendeten Verbrechen oder mit einem kulposen Erfolg.

Anm. — Da man ein kulposes Vergehen, richtig angesehen, gar nicht unter den Begriff des vollendeten Verbrechens subsumiren kann, so gehört der Fall der Konkurrenz eines Versuchs mit einem kulposen Erfolg eigentlich gar nicht hierher, sondern wäre, als schon im vorigen Kapitel abgemacht, hier lediglich zu übergehen gewesen, wenn nicht die Behandlungsweise neuerer Schriftsteller es erforderlich machte, hier nochmals auch auf jenen Fall zurückzukommen [1]). — Zachariä I. §. 39—49 schließt zunächst mit Recht von der Betrachtung alle diejenigen Fälle aus, in welchen durch ganz verschiedene, in keinem Zusammenhang stehende, nicht hinsichtlich des nämlichen Gegenstandes verübte Handlungen eine materielle Konkurrenz eines vollendeten und eines versuchten Verbrechens vorliegt [2]). Dagegen unterwirft er die Fälle der idealen Konkurrenz und eine bestimmte Art von Fällen der materiellen Konkurrenz einer ausführlichen Betrachtung. Was die ersteren betrifft, so löst sich die Frage wieder in vier besondere Fragen auf: 1) ob überall eine solche Konkurrenz juristisch behauptet werden könne, wo Jemand eine auf Verübung eines Verbrechens gerichtete Handlung vornimmt, welche, wenn man des Verbrechers weiter gehende Absicht unberücksichtigt läßt, schon ein selbständiges Delikt bildet

1) s. Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 43.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 391—396.

Digitized by Google

(qualificirter Verſuch)? Ganz treffend unterſcheidet hier Z., ob die auf Verübung des beabſichtigten Verbrechens gerichtete Handlung weſentlicher Theil des Thatbeſtandes des letzteren ſei, oder nicht, und ſchließt im erſten Fall den Begriff des qualificirten Verſuchs aus (vgl. oben §. 124), während er ihn im letzteren zuläßt [1]). Der Unterſchied, den er hier weiter macht [2]), ob die begangene Handlung zu der weiter beabſichtigten im Verhältniß der bloßen Vorbereitung geſtanden oder ob ſie bereits einen Anfang der Ausführung derſelben enthalten habe, hängt mit der ſchon oben abgemachten Streitfrage über den Anfangspunkt des ſtrafbaren Verſuchs zuſammen und kann hier bei Seite gelaſſen werden, da er das Princip der vorliegenden Frage nicht berührt [3]). 2) Ob, wenn Jemand ein Verbrechen verübt mit der eventuellen Abſicht, falls es zur Durchführung dieſes Verbrechens nöthig ſeyn ſollte, noch ein weiteres zu begehen, jenes erſte Verbrechen zugleich als Verſuch des zweiten, eventuell beabſichtigten zu betrachten ſei? Wie ſich von ſelbſt verſteht, wird dieſe Frage verneint, weil der Thäter im vorausgeſetzten Fall das wirklich begangene Verbrechen keineswegs als Vorbereitung des weiteren eventuell beabſichtigten begieng, mithin mit der Verübung des letzteren noch auf keine Weiſe einen Anfang gemacht hatte, die nuda cogitatio aber nicht in das Gebiet des Strafrechts gehört [4]). 3) Beſpricht Z. den Irrthum in

---

1) Nur die Beiſpiele ſind nicht gut gewählt. ſ. Bauer Abh. I. S. 397—399.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 393.

3) Es iſt nicht gerechtfertigt, wenn Weber im N. Arch. IV. S. 41. den beendigten Verſuch von dieſer Art von Konkurrenz ausſchließt.

4) Bauer Abh. I. S. 93.

Digitized by Google

der Perſon des Verletzten und die aberrationes ictus, Fragen, die ſchon oben abgehandelt ſind. 4) Endlich fragt er, ob, wenn das Geſetz verſchiedene Grade oder Species des nämlichen Verbrechens unterſcheide, die Vollendung aber der Abſicht des Thäters nicht entſpreche, von idealer Konkurrenz eines verſuchten und vollendeten Verbrechens derſelben Art geſprochen werden könne? Seine Entſcheidung in Beziehung auf dieſen Punkt kann nicht für erſchöpfend gelten. Vielmehr wird hier zu unterſcheiden ſeyn, ob dem Mißverhältniß zwiſchen Abſicht und Umfang des Erfolges ein Irrthum des Thäters zu Grunde lag oder nicht. Im erſten Falle müſſen einfach die im §. 109 entwickelten Grundſätze zur Anwendung kommen. Wenn mithin ein Dieb nur einen kleinen Diebſtahl beabſichtigte und auch nur einen kleinen zu begehen glaubte, während er im Irrthum einen großen begieng, ſo iſt ihm nur ein kleiner zuzurechnen, wie dieß auch Z. zugiebt. Im umgekehrten Falle dagegen, d. h. wenn er einen großen beabſichtigte und zu begehen glaubte, während er im Irrthum nur einen kleinen begieng, muß ihm ein vollendeter kleiner Diebſtahl in idealer Konkurrenz mit dem Verſuche eines großen zugerechnet werden. Was dagegen Zachariä vorbringt, iſt nicht ſtichhaltig. Er ſagt, man habe zu unterſcheiden, ob das Geſetz die Grade oder Species nach objektiven oder ſubjektiven Geſichtspunkten abgeſtuft habe; im erſteren Falle könne nun die weitergehende Abſicht ſchlechthin nicht berückſichtigt werden, aber auch nicht einmal im zweiten. Letzteres iſt ganz unbegreiflich, da die Behauptung eine contradictio in adjecto enthält. Aber auch Erſteres will nichts heißen. Denn die objektiven oder ſubjektiven Geſichtspunkte, wornach Arten und Grade der Verbrechen abgeſtuft werden, können ja nie

abstrakt für sich gelten. Liegt der subjektiv schwerere Grad vor, so kann er nicht bestraft werden, wenn nicht neben der Absicht die äussere That oder ein Anfang dazu sich vorfindet; liegt der objektiv schwerere Grad vor, so setzt seine Bestrafung die Absicht dazu voraus. Wäre es nun wahr, was Z. sagt, — daß ein Gesetz nur nach objektivem Gesichtspunkte abstufe, so müßte ein objektiv schwererer Grad als solcher auch dann gestraft werden, wenn sich keine darauf gerichtete Absicht erweisen ließe. Kann dieß aber nicht seyn, wie Jeder zugeben wird, so muß auch die auf das objektive Mehr gerichtete Absicht, sobald sie überall in That übergegangen ist, mit der Versuchsstrafe belegt werden. Es scheint übrigens, daß hier oft verschiedene Fälle verwechselt werden [1]; wenigstens deuten die Beispiele bei Zachariä darauf hin. Das bisher Gesagte nämlich gilt eben nur von dem Fall des faktischen Irrthums, in welchem der Thäter bei der Handlung selbst sich befand. Ganz anders verhält es sich aber natürlich, wenn der Dieb, der weniger stehlen wollte, mehr vorfand und dieses Mehr wohlwissentlich mitnahm, oder wenn er mehr stehlen wollte, aber weniger vorfand und dieses Wenige wissentlich mitnahm (oder wenn er einbrechen oder einsteigen wollte, aber die Thüre offen fand). Denn in beiden Fällen ist die erste Absicht, als nuda cogitatio, irrelevant, und es kann nur auf die wirklich ausgeführte ankommen [2]. — Was dagegen die Fälle der materiellen Konkurrenz betrifft, so spricht hier Z. hauptsächlich von denjenigen, die oben unter den Begriff des generellen dolus gestellt worden sind. Er bringt aber damit noch den Fall in Verbindung,

---

1) Vgl. Mittermaier N. Arch. IV. S. 11. 12.

2) Kitka u. v. Skari in Wagners Zeitschrift a. a. O.

Digitized by

wenn Jemand einen rechtswidrigen Erfolg kulpos herbeigeführt hat und nun im Irrthum eben diesen Erfolg erst noch absichtlich hervorzubringen strebt. Nach Z. soll im letzteren Falle nur ein kulposes Verbrechen, im ersteren Falle aber wegen culpa dolo determinata gestraft werden. Allein die Sache verhält sich gerade umgekehrt, d. h. im ersteren Falle liegt nur Ein Verbrechen aus dolus generalis, im zweiten dagegen ein kulposes Verbrechen in Konkurrenz mit einem versuchten dolosen vor (s. o.). —

C. Die Handlung als vermittelte Einheit der objektiven und subjektiven Seite.

§. 129.

Der in seine Momente auseinandergelegte Begriff der Handlung hat sich nun zur vermittelten Einheit dieser Momente wiederhergestellt, indem jedes derselben, für sich gesetzt, das andre forderte und selbst das Ueberwiegen der einen oder der andern Seite (im Versehen und im Versuch) nicht zum Ausschließen je der andern Seite fortgehen durfte, wenn nicht der Begriff der Handlung verloren gehen und hiemit die Zurechnung (beim bloßen Entschluß ohne That, und bei der bloßen, willenlosen That) aufhören sollte. Das Resultat ist also, daß die Schuld in allen ihren Arten und Graden eine wirkliche Handlung, d. h. eine Identität von Willen und That zur Grundlage haben muß. Zugleich aber ergiebt sich aus vorstehender Entwicklung des Schuldbegriffs noch bestimmter (vgl. §. 71), daß die Schuld beim Verbrechen nur in freier Kausalität bestehen, also nur einem Subjekte zugeschrieben, oder daß ein Verbrechen überall nur von einem (zurechnungsfähigen) menschlichen Individuum begangen werden kann.

Anm. — „Ob auch eine moralische Person, als solche ein Verbrechen begehen und bestraft werden

könne, ist wohl noch eine bloße Schulfrage. Jetzt wird sie fast allgemein geläugnet, und am einleuchtendsten aus dem Grunde, weil der moralischen Person, insofern sie von ihren physischen Gliedern, Verwaltern, getrennt gedacht wird, wie doch geschehen müßte, wenn sie selbst gestraft werden soll, — durchaus keine eigene Bewegung beigelegt, mithin auch keine eigene Schuld beigemessen werden kann; vielmehr würde sie um fremder Schuld willen gestraft werden, was einem der ersten Principien des Strafrechts widerspricht." Heffter §. 46. Anm. 1. A. M. Bauer Abh. I. S. 453—455, der dasselbe Resultat nur aus Gründen der Politik ableitet. Vergl. Feuerbach §. 28. und Mittermaier in der Note dazu.

§. 130.

Dieses Kausalitätsverhältniß eines freien Subjekts zu einer Handlung und ihren Folgen macht 1) den Begriff der Urheberschaft aus, der hiemit auf alle bisher entwickelten Arten und Grade der Schuld seine Anwendung findet. Doloser Urheber ist nämlich derjenige, auf dessen absichtliches Handeln eine verbrecherische Wirkung als auf ihr unmittelbar bestimmendes Princip zurückzuführen ist, kulposer Urheber dagegen Derjenige, in dessen fahrlässigem Handeln die mittelbare Ursache für einen rechtsverletzenden Erfolg lag. Im Begriffe der Urheberschaft ist aber nicht nur enthalten, daß die Handlung in ihrer Totalität überhaupt im Kausalitätsverhältnisse zu einem freien Subjekte stehe, sondern es liegt weiter auch noch dieß darin, daß der Handelnde in seinem Handeln sich selbst Zweck sei, weil er, wenn er nicht sich, sondern einen Andern als Zweck seines Handelns setzt, sich selbst zur bloß mittelbaren Ursache herab und den Andern in das wahre Kausalitätsverhältniß setzt. Da nun aber

Digitized by

letzteres möglich ist, und doch auch in einem solchen vermittelten Kausalitätsverhältnisse der Begriff der Schuld erhalten bleibt, so zeigt sich der Begriff der Urheberschaft als nicht erschöpfend, um das Kausalitätsverhältniß überhaupt auszudrücken. Vielmehr hat sich 2) bereits der Unterschied hervorgethan, daß der Handelnde sich selbst entweder als Zweck, oder als bloßes Mittel für einen fremden Zweck setzen kann. Der Urheberschaft gegenüber tritt hiemit die Beihilfe, als das vermittelte, von einem Andern gesetzte Kausalitätsverhältniß, das zu seinem reinen Gegensatze die intellektuelle Urheberschaft (Anstiftung), als das eine fremde Subjektivität zu ihrem bloßen Mittel herabsetzende Kausalitätsverhältniß, hat. Beide Momente gehen aber 3) in dem Begriff der wechselseitigen Theilnahme, Miturheberschaft, in eine neue, den Begriff des Kausalitätsverhältnisses nun erst erschöpfende Einheit zusammen.

Anm. — Bei der Lehre von der Urheberschaft hat das Ignoriren der organischen Selbstentwicklung des Begriffs mehr, als bei andern Lehren, geschadet, besonders da, wo die gedachte Lehre (wie selbst von Abegg geschieht) vor den Lehren von dolus und culpa, Vollendung und Versuch abgehandelt wird [1]). Die Folge war eine ganz äusserliche Auffassung des Begriffs der Urheberschaft, die zugleich mancherlei Mißverständnisse und Irrthümer im Gefolge hatte, abgesehen davon, daß dadurch der richtige Standpunkt für die Lehre, der den in seine Momente entwickelten Begriff der Handlung voraussetzt, von vorn herein verrückt wurde. Zu dieser äusserlichen Betrachtungsweise, die einseitig auf den objektiven Kausalzusammenhang reflektirt, hat der sonst um diese

1) Die richtige Stellung findet sich z. B. bei Wächter, Henke, Hefftter, Marezoll.

Digitized by Google

Lehre sehr verdiente Stübel den Anstoß gegeben. Nur das entgegengesetzte Extrem hiezu bildet dann die Auffassungsweise v. Schirachs [1]), die einseitig den auf die Begehung des Verbrechens überhaupt gerichteten Willen berücksichtigt (N. Arch. III. S. 415—435). Vor beiden falschen Richtungen würde die Einsicht bewahrt haben, daß es sich bei der Frage nach der Urheberschaft in Beziehung auf ein Verbrechen nie bloß um den objektiven Kausalzusammenhang, ebensowenig allein um den subjektiven, sondern stets nur um die Einheit beider Momente, um die Handlung als Totalität in ihrer Beziehung auf ein Subjekt handeln kann. Damit wird übrigens den vorgedachten Erörterungen ihr relatives Verdienst keineswegs abgesprochen. Damit eine Sache in ihrer Wahrheit erkannt werden könne, muß stets die abstrahirende Reflexion mit der Zersetzung und einseitigen Ausbildung ihrer verschiedenen Seiten vorangehen. Von diesem Gesichtspunkte hatte denn auch die von Stübel so eifrig geltend gemachte Unterscheidung von imputatio facti und imputatio juris, worin eben der Mangel seiner Darstellung liegt, ihren Werth, um so mehr, da er gerade die objektive Seite am Begriffe der Urheberschaft in einer Verwirrung vorfand, über welche die neuere Doktrin besonders durch seine verdienstliche Bemühung hinausgekommen ist.

A) Die Urheberschaft.

§. 131.

Zum Begriffe der Urheberschaft, gehört 1) daß eine

1) Merkwürdig, aber bei einem eifrigen Denker, wie Stübel, nicht auffallend ist seine spätere Sinnesänderung, die zwar nicht ganz, aber doch fast ganz auf das Schirach'sche Extrem hinauskam, wie sie denn auch durch eine Aeusserung v. Schirachs veranlaßt wurde. s. Theilnahme ꝛc. S. 67.

Digitized by Google

rechtsverletzende Handlung ihr Princip unmittelbar oder mittelbar in der freien (dolosen oder kulposen) Selbstbestimmung eines Subjekts habe. In allen Fällen daher, wo die Zurechnung völlig ausgeschlossen ist (bei Jugend, Wahnsinn, Zufall ꝛc.), kann auch von Urheberschaft nicht die Rede seyn. Es liegt hier keine Handlung, sondern ein bloßes Thun vor, das sein Princip nicht in der menschlichen Freiheit, sondern in dem äusseren Naturkausalismus hat, daher auch rechtlich als ein bloßes Ereigniß beurtheilt werden muß.

Anm. — Eben dieser erste Punkt, von dem alle weitere Entwicklung anheben muß, wird von Stübel von vornherin verkannt oder vielmehr absichtlich auf die Seite geschoben [1]), indem er sagt, das Moment der freien Selbstbestimmung (sowie des Sich selbst als Zwecksetzens) gehöre nur zur imputatio juris; in der Lehre vom Thatbestande aber und von der imputatio facti sei unter Urheber jedes Subjekt zu verstehen, in welchem der Grund der Existenz eines Verbrechens liege. Zwar ist nun vorhin die relative Verdienstlichkeit dieser Abstraktion anerkannt worden, und es ist noch ferner die feine Unterscheidung zu rühmen, welche Stübel zwischen der Handlung selbst und den Folgen macht, worauf im nächsten §en des Näheren znrückzukommen seyn wird. Gleichwohl ist nun aber auch die Unwahrheit und Mangelhaftigkeit dieser Abstraktion nicht zu verkennen. Zunächst ist es, wenn eben von der freien Selbst-

1) Ueber den Thatbestand der Verbrechen. §. 24. Dabei bleibt trotz einiger Modifikationen im Begriff der Beihilfe, auch seine Schrift über die Theilnahme, stehen. Im Gegentheil spannt sie die Rücksicht auf die objektive Kausalität so zum Extreme, daß sie auf dem Punkte ist, in das entgegengesetzte umzuschlagen, eine Sache, welche nur diejenigen in Verwunderung setzen kann, welche von der Dialektik des Begriffs nichts wissen.

Digitized by Google

bestimmung abstrahirt werden soll, ganz verkehrt, den Begriff der Urheberschaft auf menschliche Subjekte zu beschränken, da er vielmehr mit demselben Rechte auch den Thieren, ja den Ziegeln auf den Dächern, durch deren Herabstürzen Menschen erschlagen werden, zukäme. Sobald jene Abstraktion vorgenommen wird, verliert die Betrachtung alles juristische Interesse, sofern das menschliche Thun nunmehr bloß als selbstloses Glied in der Kette des Naturkausalismus erscheint und der Begriff der Schuld, der den Nerv der Sache bildet, geradezu preisgegeben wird. Indessen wird die Betrachtung hiedurch nicht bloß müßig und unfruchtbar, sondern sie führt auch zu positiven Irrthümern, sofern die Abstraktion doch nicht festgehalten, sondern fortwährend die subjektive Seite wieder als Voraussetzung untergeschoben, aber auf ungebürliche Weise der objektiven Seite untergeordnet wird, — was sich vornämlich bei den Unterscheidungen von Haupt- und Neben-Theilnahme, voller und nicht voller Theilnahme, naher und entfernter Theilnahme und den mancherlei daraus gezogenen Folgerungen herausstellt [1]). Uebrigens ist kaum zu begreifen, wie Stübel den inneren Widerspruch übersehen konnte, der in seiner, ein Moment zum Ganzen aufspreizenden, Darstellungsweise liegt. Sogleich nach jener willkürlichen Abstraktion führt er nämlich die Arten auf, wie ein Subjekt Grund der Existenz eines Verbrechens werden könne, und nennt hier ganz besonders den intellektuellen Urheber, von dem doch offenbar unter Voraussetzung jener Abstraktion schlechthin nicht die Rede seyn kann. Die genauere Entwicklung des hier Angedeuteten kann jedoch erst unten gegeben werden.

1) Noch viel mehr ist dieß in Stübel's späterer Schrift der Fall s. z. B. S. 11—14. 39. 40.

Digitized by Google

§. 132.

Das andere wesentliche Moment ist nun aber 2), daß die Wirkung, worin das Verbrechen seine Existenz hat, mit der Handlung im Kausalzusammenhang stehe. Diese Bestimmung leidet zwar keine Anwendung auf den Fall des bloß versuchten Verbrechens, weil hier Handlung und Wirkung in Eins zusammenfallen. Um so wichtiger ist sie aber für den stets einen äusseren Erfolg voraussetzenden Fall des kulposen, sowie für den Fall des vollendeten dolosen Verbrechens. Hier kann es vorkommen, daß der äußere Erfolg, der in der Handlung als reale Möglichkeit lag oder durch dieselbe beabsichtigt wurde, wirklich eintritt, jedoch nicht in Folge der Handlung, sondern vermöge einer von derselben völlig unabhängigen dritten Ursache (diese sei nun an sich eine Naturursache, oder sie sei dieß, wie die Handlung eines Dritten, wenigstens für den Handelnden). In solchem Fall kann nun von kulposer Urheberschaft überall nicht, ebensowenig aber von doloser Urheberschaft eines vollendeten Verbrechens, sondern nur von der dol. Urheberschaft eines Versuchs die Rede seyn. Die Kausalverbindung aber, welche hier gefordert wird, ist nicht so zu bestimmen, daß die Handlung als nothwendige, oder auch nur als zureichende, vorzügliche, in concreto unentbehrliche Ursache erscheinen müßte. Vielmehr ist der adäquate Ausdruck dafür nur der negative, daß nicht die Kausalität der Handlung durch die einer dritten, von ihr unabhängigen Ursache ausgeschlossen seyn dürfe. Denn von einer absoluten Ursache kann in der Sphäre der Endlichkeit, worein die menschliche Handlung fällt, nicht die Rede seyn. Vielmehr setzt jede Handlung, um ihre Wirkung zu erreichen, eine Reihe äusserer Umstände und Bedingungen als Nebenursachen voraus, und nur die Summe aller subjektiven und objektiven Bedingungen zusammen kann als die in concreto nothwendige Ursache der Wirkung prädicirt werden. Deßhalb genügt es,

Digitized by Google

wenn nur die anderweitigen Bedingungen letzlich durch die Handlung bestimmt erscheinen, wenn hiemit die Summe der den Erfolg bedingenden Momente auf den Willen des Handelnden unmittelbar oder mittelbar als auf ihr bestimmendes Princip zurückgeführt werden muß.

Anm. — Obgleich es von Stübel [1]) ein Fehler war, an dem Begriffe der Urheberschaft einseitig seine objektive Seite festzuhalten, so hat er doch in dieser Sphäre selbst wieder den Rückweg zum Richtigen geöffnet, indem er den von Andern aufgestellten Bestimmungen, daß der Urheber nothwendige Ursache der verbrecherischen Existenz seyn müsse, mit wohlberechtigter Kritik entgegentrat. Er unterscheidet zunächst a) Urheberschaft in Beziehung auf die Handlung selbst, und b) in Beziehung auf den Erfolg. ad a) sagt er nun, man könne nicht fordern, daß in dem Urheber die nothwendige Ursache der Existenz eines Verbrechens liegen müsse, wenn man auch unter einer nothwendigen Ursache nicht gerade diejenige, ohne welche das Verbrechen physisch unmöglich gewesen wäre, sondern eine solche verstehe, ohne welche dasselbe bloß unter den vorliegenden Umständen nicht verübt worden wäre. Indem man nämlich nur denjenigen Urheber nenne, ohne dessen Zuthun die Handlung des Verbrechens sich nicht zugetragen haben würde, so sei dies für den Fall eines einzigen physischen Urhebers widersinnig, für den Fall mehrerer Theilnehmer aber unrichtig, da der Begriff der Miturheber dadurch auf eine nicht zu rechtfertigende Weise beschränkt würde. Diese Argumentation hängt nun freilich mit den unrichtigen Deduktionen der Miturheberschaft bei Stübel zusammen, und da von dieser erst später die Rede seyn kann, so mag es hier an dem Angeführten genügen, umsomehr, als

1) Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben ꝛc. 1805.

der Verf. durch die Anwendung des Begriffs der nothwendigen Ursache bei der sogen. entfernten vollen Theilnahme seinen richtigen Anfang selbst wieder preisgiebt. Wichtiger ist, was er ad b) vorbringt (§. 68 ff.). Auch hier bekämpft er die, besonders bei der Lehre von der Tödtung so verderblich gewordene Forderung, daß der Urheber die nothwendige Ursache des Erfolgs gewesen seyn müsse. Im Gegentheil, sagt er, hänge der Begriff der Urheberschaft der Folgen von der Eintheilung derselben in nothwendige und zufällige (d. h. in solche, welche mit der Handlung in einer unzertrennlichen Verbindung stehen, so daß die Handlung nach Naturgesetzen ohne sie nicht denkbar ist, und in solche, ohne welche die Handlung auch vorzukommen pflegt) keineswegs ab, und ebensowenig komme dabei auf den Unterschied der allgemeinen oder individuellen Nothwendigkeit und Zufälligkeit etwas an. Sofern er hiemit einerseits den Begriff des kulposen Urhebers retten, andrerseits den des dolosen Urhebers von der falschen Beschränkung auf einen exklusiv nothwendigen, für sich allein zureichenden Kausalnexus befreien will, hat er offenbar vollkommen Recht, und Unrecht wieder nur darin, daß er den Begriff der Urheberschaft auch da noch für anwendbar erklärt, wo die Folge nicht nur für den Handelnden, sondern an sich selbst zufällig war, während doch in diesem Falle die Handlung wiederum den Charakter eines ganz indifferenten Naturereignisses hat, worauf der Begriff der Urheberschaft sowenig paßt, als auf die Bewegung eines Thiers oder den Sturz eines Steins. Abgesehen hievon aber war es allerdings ein Verdienst Stübels, daß er jene widersinnige Forderung einer nothwendigen Ursächlichkeit in Beziehung auf den Erfolg angriff und namentlich darauf aufmerksam machte, daß man unter

Digitized by Google

dieſer Vorausſetzung von einer intellektuellen Urheberſchaft nie oder nur in den wenigſten Fällen würde ſprechen können (vergl. auch den von ihm angef. Fall, der in Churſachſen vorkam, daß Jemand einem Sperlinge einen brennenden Schwefelfaden in der Abſicht an ein Bein band, damit derſelbe auf ein Strohdach fliegen und dieſes anzünden ſolle, welche Abſicht auch wirklich erreicht wurde, ohne daß man doch ſagen konnte, in der Handlung der Perſon ſei der Erfolg als in ſeiner nothwendigen Urſache gelegen. §. 74). Nicht minder verdienſtlich war es, wenn Stübel den Unterſchied zwiſchen unmittelbaren und mittelbaren Folgen aufgriff und hinſichtlich der letzteren die Behauptung durchführte, daß ſie den Begriff der Urheberſchaft an ſich nicht ausſchließen. Entweder ſei nämlich die Mitwirkung der fremden Kraft eine poſitive, dann bleibe der Urheber der Handlung auch Urheber der mittelbaren Folge, ſobald nur die mitwirkende Kraft entweder erſt ſelbſt als Wirkung aus der Handlung entſtanden, oder wenigſtens in der Handlung die Urſache der Mitwirkung der fremden Kraft enthalten ſei, — was dann an mehreren Fällen durchgeführt wird, wo die mitwirkende Kraft entweder der lebloſen oder der lebendigen Natur angehörte, oder von einem Menſchen ausgieng, (Beiſpiele a) daß Jemand einen Andern auf den Arm geſchlagen und dieſer deswegen eine Lähmung an dem Arme bekommen hatte, weil ſchon vorher die Anlage zur Gicht in demſelben befindlich geweſen war; oder daß Jemand einem Andern Gift beigebracht, der Vergiftete aber von dem Gift ein Erbrechen bekommen hat, wodurch ihm ein Gefäß zerſprengt wurde, was denn ſeinen Tod herbeiführte; b) daß Jemand einen Andern verwundete und verwundet im Walde liegen ließ, wo er ſofort von wilden Thieren gefreſſen wurde, oder den

Hund eines Andern zum Tollwerden reizte, worauf denn der Hund seinen Herrn biß, und ihm infolge hievon die Wasserscheu beibrachte, an welcher er starb; c) die Fälle der intellektuellen Urheberschaft [1]). Oder sei die Mitwirkung der fremden Kraft eine negative, wenn dieselbe etwas unterlassen, wodurch die aus einer Handlung entstandene Folge hätte verhindert werden können: — hier werde der Begriff der Urheberschaft nicht ausgeschlossen, gleichviel ob der Grund der Nichtverhinderung in der Handlung selbst (z. B. wenn Jemand einen Andern an einem Orte oder zu einer Zeit verwundete, wo die zur Verhinderung der Folge nöthigen Sachverständigen oder Mittel nicht zu erlangen waren), oder ausserhalb der Handlung gelegen habe (z. B. wenn ein Verwundeter noch hätte geheilt werden können, gleichwohl aber an der Wunde starb, weil seine Angehörigen aus Nachlässigkeit oder Bosheit die Anwendung der Rettungsmittel unterließen [2]). — Da Stübel hinsichtlich dieses Unterschieds (der unmittelbaren und mittelbaren Folgen) selbst ausdrücklich sich verwahrt, daß von einer mittelbaren Folge der Handlung dann nicht gesprochen werden könne, wenn die anderweitige Kraft unabhängig von der Handlung in Wirkung getreten sei, da er also hier sich innerhalb der Grenze der dolosen oder kulposen Urheberschaft hält oder — um in seiner Weise zu reden — imputatio facti und juris nicht trennt, so trifft ihn auch hier der obige Vorwurf nicht, daß er den Begriff der Urheberschaft auf Fälle ausdehne, wo rechtlich davon gar keine Rede seyn kann. — So sehr nun aber dies

1) Stübel a. a. O. §. 81—86.

2) a. a. O. §. 86—95. Vergl. §. 117—165 (welche die Anwendung auf das Verbrechen der Tödtung enthalten).

Digitized by Google

Alles Anerkennung verdient, so ist gleichwohl zu bemerken, daß Stübel die richtigen Resultate keineswegs auf befriedigende Weise deducirt. In der That konnte er dies auch nicht, da er einen Begriff der Ursächlichkeit voraussetzt, der philosophisch unhaltbar ist. Er sagt §. 80: „Daß und wiefern der Urheber einer Handlung auch zugleich Urheber der daraus entstandenen unmittelbaren Folge sei, liegt zu einleuchtend in dem Begriffe eines Urhebers, als daß es einer besondern Demonstration bedürfte. Da in dem Falle vorausgesetzt wird, es sei dieselbe ganz ohne die Mitwirkung einer andern Kraft und ausschließlich aus der Handlung entstanden, so muß in dieser und mithin auch im Handelnden die Ursache der Existenz der Folge gegründet seyn.“ Eben hier liegt die Oberflächlichkeit und Dürftigkeit seines Princips offen zu Tage. Die Voraussetzung, die keiner Demonstration bedürfen soll, eben diese wäre erst zu demonstriren gewesen, wenn die ganze Erörterung irgend spekulativen Werth erhalten sollte. Derselbe Stübel, welcher ganz richtig behauptet, eine menschliche Handlung könne nie als nothwendige Ursache eines Erfolgs, ein Mensch könne nie als nothwendige Ursache einer verbrecherischen Handlung prädicirt werden, läßt sich nun doch wieder beigehen, zu behaupten, eine Folge könne unmittelbar und exklusiv mit Nothwendigkeit aus einer Handlung hervorgehen. Er hätte aber nur die begonnene, unvollkommene Dialektik weiter führen dürfen, um alsbald einzusehen, daß er in dieser Sphäre überall mit Kategorieen schalte, die darin ohne Brauchbarkeit sind. Er hätte zu der Einsicht kommen müssen, daß in der Sphäre der Endlichkeit überall von keinem nothwendigen Kausalzusammenhang die Rede seyn könne, und daß unmittelbare Folgen einer Handlung sowenig, als die mit-

Digitized by

telbaren, aus der Handlung allein, ohne Mitwirkung fremder Kräfte entstehen. Jede Handlung, auch diejenige, welche für die sinnliche Anschauung am unmittelbarsten in ihre Wirkung umzuschlagen scheint, hat gleichwohl eine unbestimmbare Menge von äusseren, in dem allgemeinen Weltzusammenhange liegenden Umständen und Bedingungen zu ihren Voraussetzungen, ohne welche sie nicht auf diese Weise hätte ausschlagen können. Immer war es nur die Handlung in Verbindung mit jenen anderweitigen Bedingungen, es war nur die Summe aller dieser Möglichkeiten, wodurch der Erfolg nothwendig und eben deshalb wirklich wurde [1]). Eben darum ist es aber widersinnig, in einer Handlung die nothwendige oder einzige Ursache einer verbrecherischen Existenz zu suchen. Der Fehler wird auch um nichts verbessert, wenn man dem Begriff der nothwendigen Ursache mit Feuerbach und Grolman den der zureichenden, oder mit Tittmann den der vorzüglichen, oder mit Andern den der in concreto unentbehrlichen Ursache substituirt. Denn zureichende Ursache ist die menschliche Handlung nie, eben weil sie die Mitwirkung des vom Menschen nicht schlechthin bestimmbaren Naturkausalismus voraussetzt. Vorzüglich ist ein ganz unbestimmtes Prädikat. In concreto unentbehrlich aber ist jede der mitwirkenden Bedingungen, insonderheit auch die, daß der Gegenstand

1) Dies sieht denn auch Stübel selbst wohl ein, ja in seiner Schrift über die Theilnahme bentet er den Satz in Beziehung auf mehrere zu einem Verbrechen mitwirkenden Menschen bis zum Ueberflusse aus. Nur freilich bleibt er dann bei der objektiven Kausalität stehen und ignorirt den höchst wesentlichen Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe so gut als ganz. Denn, was er noch als Beihilfe gelten läßt, ist kaum der Mühe der Abtheilung werth. S. 92 oben.

Digitized by Google

der Verletzung eben dieser Verletzung stillhält, daher man denn auch konsequenter Weise denjenigen, welcher von einem Dritten umgebracht wird, als einen Miturheber seiner eigenen Tödtung betrachten müßte (eben wie die trägen Pferde bei Stübel, §. 94, als Miturheber eines Raubmords). Die praktischen Mißstände bei allen diesen Bezeichnungen zeigen sich zwar erst bei der Lehre von der Miturheberschaft und vom Unterschiede zwischen Urheber und Gehilfen. Aber eben daraus erhellt wieder, wie nothwendig es für die praktische Brauchbarkeit eines Strafrechtssystems ist, in den theoretischen Grundlagen Verwirrung zu vermeiden, wie thöricht daher diejenigen sind, welche die philosophischen Erörterungen hierüber als müßige Schulfragen abweisen. Im Falle eines einzigen Urhebers mag man also immerhin mit jenen Bezeichnungen auszukommen meinen, da sie doch alle wenigstens negativ richtig sind, d. h. die Ausdehnung des Begriffs der Urheberschaft auf solche Fälle verbieten, wo der Erfolg aus einer von der Handlung überall unabhängigen Ursache entstanden ist. Aber dieser negative Gewinn ist sehr gering, sobald man nur etwas tiefer auf die Sache eingeht und die Bemerkung macht, daß mit dieser einseitigen Auffassung der objektiven Kausalität der Begriff der Urheberschaft ganz in's Unbestimmte zerfließt, so daß er entweder auf Handlungen keine Anwendung findet, welche offenbar als zurechenbare Bedingungen eines Erfolgs gelten müssen, oder umgekehrt auf Handlungen ausgedehnt wird, welche in Wahrheit keine Handlungen, sondern rechtlich als indifferente Naturereignisse zu betrachten sind. Aus dem Gesagten rechtfertigt sich denn die im §. gegebene Bestimmung, welche die Handlung als Einheit ihrer objektiven und subjektiven Seite zur Grundlage hat, wornach daher als Urhe-

Digitized by Google

der nur der betrachtet werden kann, auf deſſen ſubjektive Kauſalität die Summe der den Erfolg bedingenden Momente als auf ihr beſtimmendes Princip unmittelbar oder mittelbar zurückgeführt werden muß.

Indeſſen wird hie und da ſogar jener negative Satz, in welchem die Meiſten übereinſtimmen, in Zweifel gezogen, freilich wohl mehr um poſitivrechtlicher Gründe willen. So behauptet Wächter [1]): Wenn der Tod infolge einer Handlung gewiß hätte erfolgen müſſen und nur aus dem Grunde nicht erfolgt ſei, weil ihn eine zweite dazu kommende Verwundung unmittelbar herbeigeführt habe, ſo ſei auch der Urheber jener erſten Handlung als Urheber der vollendeten Tödtung anzuſehen, — was denn konſequenterweiſe auch dann behauptet werden muß, wenn die unmittelbare Herbeiführung des Todes nicht durch eine menſchliche Handlung, ſondern durch ein Naturereigniß erfolgte. Dieſe Anſicht iſt auch in neuere Strafgeſetzbücher übergegangen, z. B. das Bairiſche, Art. 154 und das Wirtemb. Art. 235. Es iſt nun hier nicht der Ort, näher auf die bekannte Stelle von Julian, auf die ſich Wächter beruft, einzugehen und zu zeigen, daß ſeine Entſcheidung ganz nur vom Standpunkte des Privatdelikts und der Schadenserſatzpflicht ausgeht und den Fall vorausſetzt, wo angenommen wird, beide Verwundungen zuſammen haben den Tod bewirkt, weil ungewiß blieb, welcher von beiden der Erfolg zuzuſchreiben ſei [2]). Betrachtet man aber die Sache, abgeſehen vom poſitiven Recht, ſo muß man jene Anſicht ohnedies für durchaus unrichtig erklären.

---

1) Lehrb. II. §. 162. S. 125.

2) Vergl. Heffter §. 231 n. 7. Marezoll S. 282 n. 1. Luden Abh. II. S. 262—273.

Digitized by Google

Denn, wenn man zwar keineswegs, wie die Meisten thun, soweit gehen darf, einen nothwendigen Kausalnexus zum Begriff der Urheberschaft zu fordern, so muß man doch, wenn man nicht absolut willkührlich verfahren will, andrerseits den Begriff der Urheberschaft des Erfolgs da ausschließen, wo der Erfolg durch eine von der Handlung des Thäters völlig unabhängige Ursache bewirkt wurde, z. B. durch einen Blitz, Einsturz der Decke ꝛc., gesetzt auch, es hätte in Ermanglung dieses Ereignisses der Tod aus der Handlung folgen müssen. Dasselbe muß dann aber auch von einer zweiten Verwundung gelten, sobald nur gewiß ist, daß diese unmittelbar den Tod bewirkte und daß sie ausser allem Verhältniß mit der ersten Verwundung stand. Es ist also in beiden Fällen der erste Thäter nicht als Urheber eines vollendeten Verbrechens, sondern nur als Urheber eines beendigten Versuchs anzusehen. Dasselbe ist von beiden Thätern zu behaupten, solang es ungewiß bleibt, welcher von beiden Verwundungen der Erfolg zuzuschreiben ist, eben wie man auch, bei aller Wahrscheinlichkeit eines vollendeten Kindsmords, doch nur Versuch desselben anzunehmen hat, solang nicht gewiß ist, daß das Kind nach der Geburt gelebt hat und lebensfähig war. Die gleiche Ungewißheit ist hier vorhanden, wenn der Arzt nicht zu entscheiden weiß, welche von beiden Verwundungen als die unmittetbare Bedingung des Todes anzusehen sei. Solange dies ungewiß ist, so ist es rechtlich ebenso anzusehen, als ob der Erfolg gar nicht durch die Handlungen hervorgebracht worden wäre. Nur dann, wenn sich als gewiß annehmen ließe, daß beide Handlungen den Tod wirklich verursacht haben, müßten beide Thäter als Urheber der vollendeten Tödtung behandelt werden. Daß ganz andre Grundsätze eintreten, wenn die Hand-

lungen gleichzeitig erfolgen und die Thäter als Miturheber erscheinen, ist auch von Luden Abh. II. S. 284 richtig bemerkt worden. Da es nun aber eben nur in diesem Falle praktisch bedenklich erscheinen könnte, das oben vertheidigte Princip anzuwenden, so ist nicht einzusehen, warum es bei zwei von einander unabhängigen Handlungen nicht Anwendung finden soll, da es doch aus dem Begriffe der Urheberschaft folgt? Sehr richtig sagt Luden a. a. O. S. 286. 287: „Daß der Tod infolge einer Handlung mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten seyn würde, kann dem wirklichen Eintritte desselben nicht gleich geachtet werden, ebensowenig als gesagt werden kann, der Tod sei von einem bestimmten Menschen hervorgebracht, wenn die Ursache desselben zugleich noch in der Mitwirkung andrer Kräfte liegt, welche nicht mit zu der Handlung jenes Menschen gerechnet werden können. In der That wird es auch bei andern Verbrechen Niemanden einfallen, Jemanden für den Urheber einer bestimmten Erscheinung zu halten, der dieselbe wahrscheinlich hervorgebracht haben würde, wenn sie nicht inzwischen von andern Menschen oder durch andre Ursachen hervorgebracht worden wäre.“ Die Wächter'sche Ansicht beruht auf demselben moralischen Gefühle, aus welchem man sich oft gegen die geringere Strafbarkeit des beendigten Versuchs überhaupt sträubt. Es ist aber schon oben der Irrthum dieses Gefühls nachgewiesen worden. Wenn nun, wie Wächter einräumt, jene geringere Strafbarkeit zugegeben werden muß, so muß man nicht im konkreten Falle den Grundsatz wieder durchlöchern wollen, weil man etwa meint, ein moralisch der vollendeten Tödtung Schuldiger werde hier durch den Zufall privilegirt. Denn wegen des Mangels am Beweise gilt hier der Thäter einem solchen gleich, der

Digitized by Google

wirklich den Erfolg nicht hervorgebracht und daher auch moraliſch nicht ſo große Schuld auf ſich geladen hat, als wenn er ihn durch eine adäquate Einrichtung ſeiner Handlung hervorgebracht hätte. So irrig es iſt, die objektive Kauſalität einſeitig zu berückſichtigen, ebenſo irrig iſt es auch, auf die ſubjektive einen abſtrakten Werth zu legen und darüber hinwegzuſehen, ob die objektiven Bedingungen des Erfolgs auch wirklich in dieſer Subjektivität ihr bewegendes Princip gehabt haben, ob dieſe ſubjektive Kauſalität auch wirklich zur objektiven geworden iſt, oder nicht.

§. 133.

Zum Begriffe der Urheberſchaft gehört endlich 3) weſentlich, daß der Handelnde bei ſeiner Handlung ſich ſelbſt Zweck geweſen ſei. Denn, war er dies nicht, ſo ſetzte er ſich ſelbſt und ſeine Handlung bloß als Mittel für einen andern Willen, und dieſem ſchrieb er in Wahrheit die Kauſalität zu. Zwar wird ſich zeigen, daß der Handelnde auch in dieſem Falle ſchuldig und verantwortlich bleibt. Aber er iſt es nicht als Urheber. Denn Urheberſchaft iſt der unmittelbare Ausdruck des Kauſalitätsverhältniſſes, welches im gedachten Fall nicht die Perſon des Handelnden, ſondern eine andere zum Träger hat [1]).

B. Die Beihilfe und die Anſtiftung.

§. 134.

Der Begriff der Urheberſchaft erſchöpft den Begriff der freien Kauſalität nicht, weil ein Subjekt auch, ohne ſich ſelbſt

1) Vergl. Henke §. 45. Heffter §. 84. Marezoll §. 33. Oerſted Grundregeln S. 182 ff. Mittermaier N. Arch. III. S. 125 ff. Mayer Verſuch einer Prüfung der Lehren vom Thatbeſtand und der Thäterſchaft. Viſini in Wagners Zeitſchr. 1833. I. S. 295 ff.

Digitized by Google

als Zweck ſeiner Handlung zu ſetzen, verbrecheriſche Handlungen in der Art begehen kann, daß es ſich zwar in Beziehung auf die Handlung und ihre Folgen als Kauſalität, dagegen in Beziehung auf den Urheber der Handlung als ein ſelbſt beſtimmtes Mittel ſetzt. Hierin liegt die verbrecheriſche Beihilfe, welche ſomit ſtets das Vorhandenſein eines Urhebers vorausſetzt. Den reinen Gegenſatz zu derſelben bildet die Anſtiftung, als die zunächſt bloß ſubjektive, eine fremde Subjektivität und deren Handlungen zu ihrem Mittel herabſetzende Kauſalität, welche ſomit ſtets das Vorhandenſein eines Gehilfen (im w. S.) vorausſetzt (der übrigens ſeinerſeits als Miturheber oder als bloßer Gehilfe erſcheinen kann).

§. 135.

Das Weſen der Beihilfe und ihr Unterſchied von der Urheberſchaft liegt alſo nicht in der mehr oder minder vollkommenen Wirkſamkeit für die objektive Hervorbringung des Verbrechens, da vielmehr auch ein ſolcher, der das in concreto Unentbehrliche geleiſtet hat, gleichwohl bloßer Gehilfe ſeyn kann. Sondern es liegt allein in dem angef. Momente, daß der Gehilfe ſich ſelbſt als bloßes Mittel für einen Andern ſetzt. Eben darin beruht es auch, daß die Beihilfe für einen geringeren Schuldgrad, als die Urheberſchaft, zu halten iſt [1]).

Anm. — Mit der einſeitig äuſſerlichen Auffaſſung der Urheberſchaft hängt es zuſammen, daß Stübel nun auch den Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe nach demſelben äuſſerlichen Maßſtabe beſtimmt. Nach dieſer Anſicht kann nämlich der Unterſchied nur in dem Maße der äuſſeren Wirkſamkeit für den Erfolg liegen. Es wird daher zunächſt nahe und entfernte Theilnahme geſondert, je nachdem Jemand eine zum Thatbeſtande des Verbrechens ſelbſt gehörige Thatſache hervorgebracht

(1 Bauer Abh. 1. S. 460. 461.

Digitized by Google

habe oder nicht. Ersteres soll den Urheber, letzteres den bloßen Gehilfen bezeichnen. Uebrigens rechnet Stübel zur nahen Theilnahme weiterhin überhaupt alle bei und während der Verübung des Verbrechens geleistete Theilnahme, weil in allen derlei Thätigkeiten doch immer wenigstens mitwirkende Ursachen zur Existenz des Verbrechens liegen, während in der entfernten Theilnahme nur die Erleichterung des Verbrechens, hiemit nicht die nächste Ursache des Verbrechens liege. Gleichwohl soll auch die entfernte Theilnahme doch wieder aus bloßer Beihilfe in Urheberschaft übergehen, wenn nämlich von ihr die physische Möglichkeit der Vollbringung eines Verbrechens abhänge und in dem entfernten Theilnehmer die nothwendige Ursache desselben liege; — zu welchem Behufe denn volle und nicht volle, oder Haupt- und Nebentheilnahme unterschieden werden. Dabei soll es gleich seyn, ob die entfernte volle Theilnahme in abstracto oder nur in concreto unentbehrlich zur Hervorbringung des Verbrechens gewesen sei [1]). Mithin fällt hiernach unter die Beihilfe nur noch die nicht unentbehrliche Herbeischaffung von Mitteln und Hinwegräumung von Hindernissen, nebst der sog. Begünstigung des bereits verübten Verbrechens. Selbst auf diejenigen, welche ein Verbrechen nicht verhindert haben, da sie es verhindern konnten, wendet Stübel die Kategorie der Urheberschaft an, und thut dabei die zu seiner übrigen Ausführung nicht passende, im Uebrigen aber richtige und den Uebergang zu der richtigen Ansicht andeutende, Aeusserung: „daß die Gesetze solchen Theilnehmern nicht in allen Fällen die Strafen der wirklichen Urheber androhen, rührt daher, weil bei ihnen die übrigen Erfordernisse des

1) a. a. O. §. 29—31, 36—38, 40.

Digitized by

Thatbestandes selten angetroffen werden. Wer z. B. einen Diebstahl nicht verhinderte, mußte deßwegen nicht eine gewinnsüchtige Absicht dabei haben. — Dergleichen Miturheber nehmen überdies gewöhnlich kein eigenes Interesse bei dem Verbrechen des Andern, und beabsichtigen dasselbe ebenso selten [1])." — Von dieser Ansicht wenig verschieden ist die von Feuerbach, wornach die Urheberschaft auf den Begriff des zureichenden Grundes zurückgeführt, hiemit als Beihilfe alle solche Akte bezeichnet werden, welche zwar für sich betrachtet das Verbrechen nicht hervorbringen, aber durch Beförderung der Wirksamkeit des Urhebers (als Nebenursachen) zur Entstehung des Verbrechens mit beitragen. Denn auch Feuerbach rechnet, unter dem Namen eines Hauptgehilfen, zu den Urhebern auch denjenigen, der Hindernisse hinweggeräumt hat, welche dem zur That schon bestimmten Willen eines Andern die äussere Wirksamkeit entweder überhaupt oder unter den besondern Umständen unmöglich gemacht haben würden [2]). Es ist kaum nöthig, mit Henke u. A. besonders darauf hinzuweisen, daß sowohl die Bezeichnung des einfachen, als des Hauptgehilfen bei Feuerbach im offensten Widerspruch mit der Bezeichnung des Urhebers stehen. Indessen kann überhaupt von den verschiedenen Modifikationen, unter welchen die äusserliche Auffassung des Kausalzusammenhangs (nothwendige, zureichende, vorzüglichste ꝛc. Ursache) vorzukommen pflegt, abgesehen werden, da alle diese Auffassungen endlich darin übereinkommen, Haupt- und Nebenursachen, in concreto unentbehrliche und entbehrliche Akte zu unterscheiden und nach diesem äusserlichen, überdies nur quantitativen Unterschiede die Differenz

1) a. a. O. §. 43—54.

2) Lehrbuch §. 44, 45. Vergl. Bair. Gb. §. 45. Dagegen Oersted Grundregeln ꝛc. S. 189—191.

zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe zu beſtimmen. Gerade dies iſt ihrer aller gemeinſamer Mangel, der von der unſpekulativen Auffaſſung der menſchlichen Handlung und ihres Verhältniſſes zum Naturkauſalismus herrührt [1]). Alle dieſe Theorieen übertragen unvorſichtig das logiſche Kauſalitätsverhältniß auf das Gebiet der empiriſchen Endlichkeit, wohin es gar nicht paßt, und eben darum müſſen alle ihre auf den objektiven Kauſalzuſammenhang gebauten Sätze nothwendig ſchief ausfallen. Die Wahrheit beſteht aber, wie oben ausgeführt wurde, darin, daß überall von keiner menſchlichen Handlung geſagt werden kann, ſie ſei die nothwendige, einzige, zureichende ꝛc. Urſache eines Erfolgs, daß vielmehr ein Erfolg immer nur aus dem Zuſammenwirken der in der Handlung liegenden mit einer Menge in äuſſerlichen Umſtänden liegender Bedingungen abgeleitet werden könne. Sobald man von der ſubjektiven Seite der Handlung abſtrahirt, ſo ſinken die Momente derſelben ebenſo ſehr zu äuſſerlichen Bedingungen herab, wie ſolches die äuſſeren Umſtände ſind, welche zum Gelingen der Handlung vorausgeſetzt werden. Selbſt die Summe aller gedachten Bedingungen zuſammen kann, ſtreng genommen, nicht als die Urſache des Erfolgs prädicirt werden, ſondern dieſe Summe, ſobald ſie voll wird, iſt der Erfolg ſelbſt. Von einer Urſache kann nur die Rede ſeyn, wo ein bewegendes Princip iſt. Dieſes iſt aber nur der in der Handlung manifeſtirte Wille. Daher kann nur in Beziehung auf den Willen die Handlung als Urſache des Erfolgs prädicirt werden, je nachdem die vom Handelnden unabhängigen

1) Derſelbe Mangel tritt auch bei dem von Rossi III. S. 13 ff. zwiſchen co-délinquant u. complice aufgeſtellten Unterſchiede hervor, ſofern er gleichfalls darauf hinausläuft, ob die Thätigkeit indispensable ſei oder nicht.

Bedingungen entweder als Momente in seine Absicht aufgenommen wurden, oder als wenigstens vorauszusehende, aber durch Schuld des Willens nicht beachtete Momente erscheinen, keineswegs aber, wenn sie als Momente erscheinen, die weder vorausgesetzt wurden, noch vorausgesetzt werden konnten. — Läßt sich nun aber der Begriff der Urheberschaft überhaupt nicht mit Abstraktion von der Subjektivität bestimmen, so ist dies noch weniger mit dem Unterschiede zwischen Urheberschaft und Beihilfe möglich. Soll nämlich dieser nur von der größeren oder geringeren äusseren Wirksamkeit für den verbrecherischen Erfolg abhängig gemacht werden, so ist nicht abzusehen, wo in diesem lediglich quantitativen Progresse ein qualitativer Abschnitt gesetzt werden soll. Will man aber dies mit der Unterscheidung von in concreto entbehrlicher oder unentbehrlicher Thätigkeit leisten, so ist wiederum zu entgegnen, daß man zu einer solchen Unterscheidung vermöge der Natur der menschlichen Handlung und der Endlichkeit überhaupt gar kein Recht hat, sofern bei einem bestimmten Erfolg in der That stets nur Alles nothwendig, oder Alles zufällig, oder auch ebensowohl Alles nothwendig, als Alles zufällig war, und es daher reine Willkühr ist, das eine als entbehrlich, das andre als unentbehrlich abzuscheiden [1]). Diese Willkühr ist auch in der That durch die praktische Erfahrung ad absurdum geführt worden, sofern an einleuchtenden Beispielen gezeigt wurde, wie jene bloß äusserliche Unterscheidung dazu führt, bloße Gehilfen zu Urhebern hinaufzuschrauben und wahre Urheber zu bloßen Gehilfen

1) Eben dies erkennt Stübel in seiner späteren Schrift vollkommen an, aber er bleibt abermals vor dem Ziele stehen. S. 18—30, 44—49 (wo eine sonderbare Anwendung auf den dolus generalis gemacht wird), 67—69.

Digitized by Google

herabzusetzen [1]). Aus dem Angeführten erhellt aber auch, daß der, übrigens scharfsinnig ausgedachte, Ausweg mit dem Hauptgehilfen (vgl. auch das Wirt. Strafgb. Art. 75, vgl. Oersted Grundregeln S. 189—195. Hufnagel Komm. I. S. 151—153) den Fehler um nichts verbesserte. Vielmehr muß man von der falschen Abstraktion, wovon jene Theorieen ausgehen, wieder abstrahiren, und den Unterschied zwischen Urhebern und Gehilfen in dem im Paragraphen angegebenen subjektiven Momente suchen, wie dies denn neuerdings von vielen ausgezeichneten Kriminalisten geschieht [2]), nur daß sie in der Regel den mehr moralisch, als rechtlich, bezeichnenden Ausdruck: Unmittelbares Interesse an der That brauchen. Mit Recht nehmen diese an, daß man Gehilfe auch dann bleibe, wenn man an der zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Haupthandlung Antheil genommen oder einen solchen Beistand geleistet habe, der zur Realisirung des Verbrechens in seiner vorliegenden Gestalt unentbehrlich gewesen sei, sobald man nur nicht aus unmittelbarem Interesse an Begehung des Verbrechens gehandelt habe. Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß der Gehilfe sogar die Haupthandlung selbst begehen könne und gleichwohl Gehilfe bleibe, sobald nur die ebengedachte Voraussetzung eintrete [3]). — Neustens ist die richtige Ansicht von Luden Abh. II. S. 363 Anm. 1 wieder angegriffen und, freilich mit verschiedenen Modi-

1) Gönner und Schmidtlein Jahrbücher I. S. 79 ff.

2) Vgl. z. B. Henke §. 45, 76. Tittmann N. Arch. II. S. 369 ff. Wächter I. S. 147, 148. Heffter §. 84, 98, Marezoll §. 33, 45. Bauer Abhandl. I. S. 427—429. Neustens Müller de auctorum et ministrorum crim. differ. S. 31—54. Hufnagel I. S. 173, 174. Bad. Entw. §. 114.

3) Heffter §. 84 n. 4.

Digitized by

fikationen, die andre, auf die objektive Kauſalität allein ſehende, vertheidigt worden. Allein was vorläufig die Polemik von Luden betrifft, ſo iſt ſie von vorn herein verfehlt, ſofern er glaubt, gegen die richtige Anſicht das einwenden zu können: daß auch derjenige, welcher zu einem fremden Verbrechen helfen wolle, den Willen habe, daß dieſes Verbrechen begangen werde [1]). Das iſt freilich nicht zu läugnen; denn, wenn der Gehilfe nicht mittelbar das Verbrechen hervorbringen wollte, ſo könnte ja ſeine Handlung überall nicht als eine verbrecheriſche gelten. Allein der große Unterſchied iſt eben der, ob Jemand ſich ſelbſt als Zweck ſeiner Handlung oder ob er dabei ſich ſelbſt nur als Mittel für den Zweck eines Andern ſetzt. Wenn Luden ſagt: „Die weitere Abſicht, welche er vielleicht gehabt, etwa ſich dem Urheber gefällig zu erweiſen oder den erwarteten Lohn zu erhalten, kann juriſtiſch ebenſowenig in Betracht kommen, als der Mörder aufhört, Mörder zu ſeyn, wenn er nur das Beſte ſeines Opfers zu erreichen beabſichtigte," ſo zeigt dies nur eine Verwirrung der Begriffe an. Das iſt allerdings richtig, daß der ſubjektive Zweck des Handelnden neben der formellen Abſicht rechtlich keine Bedeutung hat, ſondern lediglich der moraliſchen Zurechnung anheimfällt. Allein im vorliegenden Fall handelt es ſich keineswegs um eine bloße moraliſche Modalität, ſondern um eine weſentliche Beſtimmtheit der formellen (verbrecheriſchen) Abſicht ſelbſt; es fragt ſich, ob die volle Schuld auch denjenigen treffe,

1) Eben dieſen Einwurf macht auch Stübel Theilnahme, S. 93—95. Aber das von ihm angeführte Beiſpiel eines fälſchenden Weinhändlers zeigt eine auffallende Verwechslung der Begriffe. Die Mittelbarkeit, wovon in der fraglichen Sache allein die Rede ſeyn kann, bezieht ſich nicht auf die materielle Abſicht (den Zweck), ſondern nur auf die formelle Abſicht des Handelnden.

Digitized by Google

der nicht selbst als die letzte Ursache der verbrecherischen Handlung erscheint, sondern sich dabei nur als Mittel für einen fremden Zweck gebrauchen läßt. — Nach allem Bisherigen kann auch der schon von Kleinschrod[1]) gemachte Versuch, beide Ansichten zu verbinden, nur als mißlungen betrachtet werden. Denn während er §. 197 den Begriff der Beihilfe im Wesentlichen ganz richtig entwickelt, so verdirbt er im §. 198 die Sache sogleich wieder, indem er nun gleichwohl das Hauptgewicht wieder auf die objektive Kausalität legt und den Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe auf die Unentbehrlichkeit oder Entbehrlichkeit des Beistandes reducirt.

Daß nun die Beihilfe einen geringeren Schuldgrad darstelle, als die Urheberschaft, das wird fast allgemein anerkannt[2]). Nur kann freilich von der Ansicht, die sich einseitig auf den objektiven Standpunkt stellt, nicht der richtige Grund dafür erwartet werden. Denn es kann hiernach, wie dies auch durch Feuerbach[3]) ganz richtig geschehen ist, der Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe nur als ein quantitativer bestimmt und die geringere Strafbarkeit der letzteren nur unter die objektiven Gründe der Strafbarkeit gestellt, und zwar nur darauf gegründet werden, daß der Urheber die eigentlich wirkende Ursache, der Gehilfe nur die erleichternde Nebenursache des Verbrechens, die Strafbarkeit aber um so größer sei, je mehr Gründe für das Entstehen einer Rechtsverletzung in einer Person sich vorfinden. Abgesehen nun von dem Widerspruch, daß die Schuld sich lediglich nach einem objektiven Maßstab bestimmen soll, ist eben der Grundunterschied zwischen Haupt- und Nebenursache ein falscher

1) System. Entw. I. §. 197 ff.

2) Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 45.

3) Lehrbuch §. 112.

Digitized by Google

und darum die Deduktion von vorn herein verfehlt. Sie ist es aber um so mehr, wenn man nach ihrer Berechtigung in dem Systeme Feuerbachs fragt. Denn, so scharfsinnig sein Ausweg ist, die Gründe für erhöhte oder verminderte Strafbarkeit überhaupt auf die Gefährlichkeit der Handlung zu reduciren, so entsteht doch sogleich die weitere Frage, mit welchem Rechte behauptet werden könne, daß eine Nebenursache minder gefährlich sei, als eine Hauptursache? eben wie auch gefragt werden muß, mit welchem Rechte nach jenem Systeme der Versuch für minder strafbar ausgegeben werde, als die Vollendung? Sobald einmal das nicht juristische, sondern polizeiliche Princip der Gefährlichkeit aufgestellt wird, so ist es reine Willkühr, derlei Unterschiede zu statuiren. Denn in jenem Princip liegt die Nothwendigkeit, nicht auf das wirkliche, sondern auf das mögliche Unrecht zu reflektiren, eben deshalb aber bei dem einmal in Thun ausgebrochenen verbrecherischen Willen nicht weiter zu unterscheiden, ob in demselben mehr oder minder Gründe für die Entstehung der Rechtsverletzung liegen, ob er der Vollendung mehr oder weniger nahe komme. Das römische Recht, welches eben von demselben Grundsatze ausgieng, der auch der Feuerbachischen Theorie eignet, — daß nämlich der widerrechtliche Wille das wesentlich Strafbare sei (die weitere F'sche Behauptung, daß deshalb die Strafe auf Repression des bösen Willens gerichtet seyn müsse, ist freilich nicht römisch), — das römische Recht hat von jenem Standpunkt aus ganz konsequent verfahren [1]), wenn es zwischen Urheberschaft und Beihilfe ebensowenig, als zwischen Versuch und Vollendung

1) Wächter §. 88 n. 78. Vgl. Roßhirt Entwicklung S. 230. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 45.

Digitized by Google

unterſchied. Daß dieſelbe Folgerung vom Standpunkte der Feuerbachiſchen Theorie aus gezogen werden müſſe, hat v. Schirach [1]), insbeſondre mit treffender Hinweiſung darauf, daß die Entſtehung der Rechtsverletzung in der vereinten Wirkſamkeit ſämmtlicher Theilnehmer begründet ſei, und daß das Strafgeſetz das Verhältniß, in welchem die Handlung jedes Einzelnen zu der vollbrachten That ſtehe, nicht abmeſſen könne, richtig auseinandergeſetzt. Gleiche Grundſätze befolgt das engliſche und das franzöſiſche Recht [2]). Dagegen hat das kanoniſche und das deutſche Recht den Grundſatz, daß Beihilfe geringer ſtrafbar ſei, als Urheberſchaft. Sehr häufig wird dies mit der Bemerkung erklärt, daß das deutſche Recht den objektiven Geſichtspunkt feſtgehalten habe [3]), und dieſe Bemerkung ebenſowohl auf die P. G. O., als auf das ältere germaniſche Recht ausgedehnt. Allein in dieſer Allgemeinheit iſt die Erklärung jedenfalls falſch, da vielmehr das ältere germaniſche Recht von dem unter dem Einfluſſe der Kirche ausgebildeten deutſchen Rechte wohl unterſchieden werden muß. Was zunächſt das erſtere betrifft, ſo hat Luden ohne Zweifel Recht, wenn er die von den meiſten Kriminaliſten vorgebrachte und neuerdings von Häberlin [4]) ausgeführte Behauptung verwirft, daß nach dieſem Rechte die Theilnehmer alle mit der Strafe der Urheber belegt worden ſeien, weil man nur auf die materielle That Gewicht gelegt habe. Mit Recht ſagt er, daß dies dem objektiven Geſichtspunkte widerſpreche (den freilich Luden

1) N. Archiv. III. S. 415 ff.

2) Blackstone IV. 3. Code pénal. Art. 59, 60. Vgl. Rauter Traité du droit crim. I. S. 204 ff.

3) Luden Abh. II. S. 392. n. 1. vgl. S. 364 ff.

4) Spec. Saxon et Suev. jus crim. p. 2. Vergl. Wächter a. a. O. Jarcke I. S. 222. Heffter §. 82 n. 1.

Digitized by Google

bei andern Gelegenheiten ebenso materiell und äusserlich auffaßt). Die gleiche Verantwortlichkeit von Urhebern und Gehilfen läßt sich bei einem zunächst auf das Thatmoment sehenden Rechte nur so lang erwarten, als es das Strafrecht noch ganz auf das Princip des Schadensersatzes gründet. Diesem rohsten Standpunkte sind aber auch die frühsten germanischen Rechtsquellen, die wir kennen, im Ganzen durchaus entwachsen. Wenn wir also in denselben gleichwohl eine überwiegende Berücksichtigung des objektiven Gesichtspunkts antreffen sollen, so werden wir dieselbe wenigstens in einem ganz anderen Momente zu suchen haben. Dieses scheint aber von Wilda [1]) richtig dahin festgestellt zu seyn: daß man jede Missethat vorzugsweise nach ihrer sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung auffaßte, daher denn namentlich mehrentheils der physische Urheber im Vordergrunde der strafrechtlichen Betrachtung steht, dagegen der intellektuelle hinter jenen zurückgestellt erscheint. In der That ist aber das germanische Princip [2]) kein andres, als das, welches auch von den oben angef. Rechtslehrern, die aus dem objektiven Gesichtspunkte allein argumentiren, aufgestellt wird, d. h. es wird zwischen Haupt- und Nebenursache unterschieden und derjenige, welcher bloß das Verbrechen eines Andern erleichterte, eben deshalb geringer bestraft, weil in seiner Person nur ein entfernterer Grund für die Existenz des Verbrechens vorzuliegen scheint. Dabei erscheint die in den longobardischen und angelsächsischen Gesetzen vorkommende Befugniß mehrerer Theilnehmer, sich freiwillig zur Erlegung eines Wergeldes zu vereinigen, — eine Befugniß, die im seeländischen Recht sich nur bei kulposen

1) Strafrecht der Germanen S. 634.

2) Wilda a. a. O. S. 625—627.

Digitized by Google

Rechtsverletzungen findet, — als bloße, aus älterer Zeit stehen gebliebene, Ausnahme. Die Bestimmungen über das contubernium [1]), die ohnedies in vielen Beziehungen den juristischen Gesichtspunkt verläugnen und aus anderweitigen Gründen zu erklären sind, gehören weniger in das Gebiet der Beihilfe, als in das des Komplotts. Immer aber zeigen sie sich, abgesehen von den willkührlichen Modifikationen, die dabei hinsichtlich der Zahl der in Anspruch zu Nehmenden ꝛc. vorkommen, als einfache Anwendungen des vorgedachten Princips, sofern auch hier in der Regel Hauptthäter, nächste und entferntere Gehilfen unterschieden werden. Es werden diese, bei einfacher Theilnahme vorkommenden, Unterschiede auf den Fall des contubernium gleichsam als stehende Formeln übergetragen, was gerade beweist, wie fest man an jenem Unterschiede hielt. Von den Ausnahmen, welche theils einer früheren, theils auch wieder einer reiferen Rechtsbildung (die sich den Begriff des Komplotts entwickelt hatte) angehören, wird unten die Rede seyn. Bei alledem liegt nun aber gleichwohl der tiefere Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe auch jenen älteren germanischen Bestimmungen zu Grunde. Denn nicht nur ist wahrzunehmen, daß auch das germanische Recht, je mehr es sich ausbildet, um so mehr die Bedeutung des intellektuellen Urhebers anerkennt [2]), sondern selbst da, wo formell noch durchaus der Unterschied zwischen Haupturſache und Nebenursache festgehalten ist, liegt doch stets das richtige Bewußtsein des tieferen, subjektiven Unterschieds gleichsam im Keime zu Grunde, wie denn auch Wilda ganz mit Recht sagt [3]), das germanische Recht verstehe unter dem Urheber nicht

1) Wilda S. 612—625.
2) Wilda S. 631—633.
3) a. a. O. S. 612.

Digitized by Google

bloß den, welcher äusserlich die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Hauptthätigkeit entwickle, sondern insbesondre auch den, von welchem die Entschließung zur That ausgehe, in dessen Interesse sie vollführt werde. (So ist namentlich beim contubernium in der Regel von der Ausübung eines Frevels die Rede, der vorzugsweise von einem Einzigen zu seinem Zwecke, in seinen Interessen verübt wurde, doch mit Beistand eines von ihm dazu gesammelten Gefolges). Eben dieser Gedanke, welcher im älteren Rechte noch unter dem Formalismus des roheren objektiven Gesichtspunkts versteckt erscheint, durfte nur herausgehoben werden [1]), und es war das richtige Princip zur gebührenden Geltung gebracht. Eben dies geschah aber mit Hilfe des kanonischen Rechts, auf welches von Wächter, Henke, Hefftter ꝛc. mit Recht der Art. 177 der P. G. O. als auf seine Quelle zurückgeführt wird. Ist nun dem so, dann ergiebt sich von selbst, was von der gekünstelten Ausführung Ludens zu halten ist, wornach die Grundsätze des älteren germanischen Rechts und seine den Formalismus des abstrakt objektiven Standpunkts an sich tragenden Bestimmungen auch noch der P. G. O. unterliegen sollen. Wie schon mehr bemerkt, ist es charakteristische Tendenz des kirchlichen Rechts, das Thatmoment ganz hinter das Willensmoment zurückzustellen, und diese Tendenz tritt nirgends klarer hervor, als in der Entscheidung des Lyoner Koncils v. J. 1245, wornach schon der bloße Auftrag zu einem in der That gar nicht zur Vollziehung gekommenen Verbrechen die

1) Im Sachsenspiegel ist dies noch nicht der Fall III. 46. Gebildeter erscheint schon der Schwabenspiegel cap. 162, 174. Ueber Sachsenspiegel II. 13. III. 1. und Schwabenspiegel cap. 116, 212. Siehe Luden a. a. O.

Digitized by Google

Strafe des Urhebers nach sich ziehen soll [1]). Welches große Gewicht dieser kirchlichen Entscheidung auch von weltlichen Gerichten und Schriftstellern beigelegt wurde, zeigen die Aeusserungen des Gandinus, Bartolus, Angelus, Augustinus, Menochius u. A. [2]), wenn gleich sie in dem angef. Falle nur auf eine ausserordentliche Strafe erkannt wissen wollen. In dieser Restriktion liegt eine Zurückführung der einseitigen kirchlichen Ansicht auf die richtige Mitte ebenso, wie das kirchliche Recht selbst in dem bekannten c. 6 X. de homicid. durch eine Konzession an den objektiven Gesichtspunkt des germanischen Rechts sich bemerklich macht. Hat man beides im Auge, so erkennt man leicht, wie die Rechtsbildung, welche der P. G. O. zur Grundlage diente, den richtigen Weg einer Vermittlung des kirchlichen Standpunkts mit dem germanischen einschlug, wodurch sie eben dahin kommen mußte, den Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe nach seinem wahren Principe zu bestimmen, hiemit aber auch die geringere Strafbarkeit der Beihilfe nur eben aus diesem Principe abzuleiten. Diesen Gedanken sprechen denn auch die mehrgenannten neueren Schriftsteller im Ganzen richtig aus, wenn sie die geringere Strafbarkeit der Beihilfe durch die geringere Selbständigkeit und Beflissenheit des Willens motiviren (Hefftter, Henke). Genauer wäre zu sagen: der Grund liege darin, daß die volle Schuld nur bei dem angetroffen werde, welcher sich selbst als Zweck seiner Handlung setze, während ein verbrecherischer Wille, der sich nur als abgeleitete Kausalität, mithin relativ nur als Mittel für eine fremde Kausalität setzt, nothwendig geringere Schuld haben muß, als der Wille des Ersteren.

1) Cap. 1 de homicid. in VIo.

2) Luden Abh. I. S. 407, 409—411, 420.

Digitized

§. 136.

Da der Begriff der Beihilfe wesentlich in der Beförderung, d. h. mittelbaren Hervorbringung eines fremden Verbrechens besteht, so kann unter denselben die Begünstigung des Verbrechens, d. h. die erst nach vollendetem und in seinem Erfolg entwickelten [1]) Verbrechen eintretende, nicht zuvor versprochene Beistandleistung nicht fallen. Denn die hierunter gehörigen Akte schließen die Kausalität in Beziehung auf das bestimmte Verbrechen aus und erscheinen deshalb als weniger verbrecherisch. Ueberhaupt verbrecherisch bleiben sie jedoch immer, stellen aber ein eigenthümliches Verbrechen dar. Das Gesagte bezieht sich jedoch nur auf die positive, nicht auch auf die negative (nicht vorher zugesagte) Begünstigung, welche überall nicht für verbrecherisch gehalten werden kann.

Anm. — Die Begünstigung, welche von Stübel §. 40 [2]) zur Beihilfe überhaupt gestellt ist, wird mit Recht von Henke, Marezoll, Luden u. A. [3]) ganz aus der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen ausgeschlossen. Treffend sagt nämlich Henke, daß der Ausdruck: nachfolgende Beihilfe eine Contradictio in adjecto enthalte, da, was zur Hervorbringung eines Verbrechens beitragen solle, mit demselben zum Wenigsten gleichzeitig seyn müsse. „Soll daher dasjenige hierher gerechnet werden, was man im kriminalistischen Sprach-

---

1) Sander N. Arch. 1839. S. 262. Mittermaier n. 1—3 zu Feuerbach §. 53.

2) s. auch Heffter §. 84. Bauer Abh. I. S. 466. 467.

3) s. auch schon Kleinschrod Syst. Entw. §. 206. und Stübel selbst. Ueber die Theilnahme S. 55—58. der aber selbst die zugesagte und gewerbsmäßige Begünstigung nicht als Beihilfe gelten lassen will. — Bei dieser Ansicht kann man ganz wohl die Begünstigung in der von Sander N. Arch. 1838. 1839. ausgef. Weise als Nebenverbrechen betrachten.

Digitized by Google

gebrauch Begünstigung eines fremden Verbrechens zu nennen pflegt, z. B. Verbergung des Thäters, Beförderung der Flucht desselben, Sicherung der Früchte des Verbrechens ꝛc., so müssen diese Dienstleistungen im Voraus versprochen worden seyn oder gewerbsmäßig getrieben werden [1])." Letztere Bestimmung ist ganz richtig; denn einerseits gehört ohne Zweifel alle vorher zugesagte Begünstigung zur Beförderung des Verbrechens, sofern der Urheber darauf behufs der Verwirklichung des Verbrechens rechnen konnte; andrerseits bedarf es hierzu keiner ausdrücklichen Zusage, da eine solche in der Thatsache der gewerbsmäßigen Begünstigung stillschweigend enthalten ist. Auch entspricht diesen Bestimmungen die Behandlung der Begünstigung im römischen Rechte. l. 13 §. 3 D. de abig. vergl. mit l. 1. 2 C. de his qui latron. celav. Tit. D. de receptat [2]). Wenn indessen Marezoll S. 138 der richtigen Bemerkung, — daß das Moment, welches bei der Bestrafung des Gehilfen den Maßstab abgiebt, nämlich der Grad seiner Mitwirkung zum Verbrechen, beim Begünstiger gänzlich mangle, — die weitere Bemerkung beifügt, daß die Begünstigungshandlung als ein für sich bestehendes Polizeivergehen aufzufassen seyn werde, so scheint er doch deren verbrecherischen Gehalt etwas zu niedrig anzuschlagen [3]). Denn, wenn man auch die Strenge des älteren römischen, wie des ältern, theilweise noch in den Rechtsbüchern erscheinenden,

1) Henke §. 43. vergl. Luden Abh. II. S. 362. Anm. 4. Martin Lehrb. §. 73. Mittermaier zu Feuerbach. §. 53. Zusatznote 2. Sander N. Arch. 1838. S. 444. vgl. Oersted Grundregeln S. 197. Rossi III. S. 54—67.

2) A. M. zum Theil Birnbaum N. Arch. 1842. S. 43 ff. Sander ebend. 1838. S. 432—435.

3) Vergl. Sander a. a. O. 1838. S. 438—440. 443—448. 1839. S. 398 ff.

Digitized by

germanischen Rechts [1]) für übertrieben halten muß, schon deswegen, weil beide Rechte in dieser Sache von unberechtigten Gesichtspunkten ausgehen, so muß doch die Begünstigung fremder Verbrechen stets für ein wirkliches Verbrechen gegen die Justizgewalt des Staates angesehen werden. Kitka über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen ꝛc. S. 78 rechnet zur Beihilfe (Theilnahme) auch noch ein vorheriges Einverständniß mit dem Thäter über einen nach der Vollendung zu nehmenden Antheil am Gewinn. Mit Recht in dem Fall, wo ein solches Versprechen behufs der Nichtverhinderung oder Nichtanzeige gegeben wird. Ausser diesem Falle aber kann darin nur wieder ein selbstständiges Vergehen gefunden werden (mit Unrecht glaubt Temme Krit. des preuß. Entw. S. 112., es liege darin bloß eine immoralische Handlung). S. den Art. 239 des sächs. Strafgb. über Parthiererei und Hehlerei in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum. — Vgl. Sander a. a. O. S. 440—443. — Die negative Begünstigung (durch Nichtanzeige), wenn sie vorher zugesagt ist, von der verbrecherischen Beihilfe auszuschließen, liegt überall kein Grund vor. Dagegen kann dieselbe, wo sie nicht vorher zugesagt war, unter keinen Umständen für verbrecherisch gehalten werden, ausgenommen natürlich, wo die Unterlassung eine Verletzung der Amtspflicht darstellt. Kleinschrod §. 206. Henke §. 43 a. E. Schröter Handbuch §. 145. Heffter §. 84. a. E. Nur ist es nicht richtig, wenn das, was von der Nichtanzeige eines begangenen Verbrechens gilt, ohne Weiteres auch auf die Nichtverhinderung eines erst zu begehenden Verbrechens übergetragen wird.

1) Wilda S. 635—637.

§. 137.

Die Beihilfe muß mithin immer die Bewirkung des Verbrechens zum Zweck haben; eine Mitwirkung liegt aber noch darin, daß eine Dienstleistung nach vollendetem Verbrechen schon vor der Vollendung zugesagt wird. Im Uebrigen kann sie ebensowohl physisch, als intellektuell seyn, letzteres jedoch nur in Form des Raths, da alle andern Arten intellektueller Einwirkung nur von Seiten eines Urhebers denkbar sind. Ferner bestimmt oder unbestimmt, je nachdem sie auf eine einzelne verbrecherische Unternehmung, oder auf Verbrechen einer gewissen Art im Allgemeinen gerichtet war. Weiter kann sie in positiver oder negativer Beförderung des Verbrechens bestehen. Letzteres ist dann der Fall, wenn Jemand in der Absicht, ein fremdes Verbrechen zu unterstützen, die Verübung desselben nicht hindert, wo er dazu im Stande wäre. Als eine bloße für den Begriff der Beihilfe indifferente Modalität erscheint es ferner, ob die physische Beihilfe infolge eines förmlichen Versprechens oder ohne ein solches geleistet wird. Willkührlich ist es jedoch, diese verschiedenen Formen als verschiedene Schuldgrade zu firiren, da vielmehr diese Unterschiede fließend sind und nur das allgemein gesagt werden kann, daß die Beihilfe um so intensiver verbrecherisch werde, je mehr sie sich der Urheberschaft annähere. Unabhängig hievon ist jedoch ein Unterschied, der die größere oder geringere Schuld der Beihilfe durchgängig bestimmt, nämlich: ob der Gehilfe ein genereller oder ein specieller ist.

Anm. — Intellektuelle Beihilfe[1]) ist nur in der Form des Raths (Unterrichts) möglich: und der Rath wird auch gewöhnlich nur als Beihilfe sich darstellen, wiewohl allerdings auch wirkliche Urheberschaft darin liegen

1) Mittermaier N. Arch. III. S. 137. Vgl. Henke Hdb. I. S. 270—272.

kann. Alle andern Arten intellektueller Einwirkung begründen der Natur der Sache nach Urheberschaft. Denn Befehl, Auftrag, Verführung, Bitten, Drohungen, Versetzung in Irrthum können, dolus überhaupt vorausgesetzt, nicht mit der Absicht bloßer Beihilfe, sondern nur mit der Absicht der Urheberschaft gedacht werden, weil alle diese Arten von intellektueller Einwirkung voraussetzen, daß der Entschluß zum Verbrechen in einem anderen Subjekte erst geweckt, oder dieses wider sein Wissen zu der verbrecherischen Handlung bestimmt, jedenfalls also zum bloßen Mittel für den intellektuell Einwirkenden, als den geistigen Schöpfer der That gemacht werden soll, — während der Rath die Anerkennung eines fremden Subjekts als Selbstzwecks der Handlung nicht ausschließt. Wenn daher Hefftter (§. 84.) sagt: Gehilfe sei auch der, welcher in dem Andern den Entschluß zum Verbrechen — durch Rath, Zureden, entfernte Drohungen, Versprechungen u. dgl. — bestärke oder lebendig erhalte, so geht er zu weit, da er hier schon die Funktionen eines wahren Miturhebers mit der bloßen Beihilfe vermischt. Er fühlt dies auch selbst, wenn er §. 98 n. 2 sagt: „Man denke nur an Jemand, der den bereits entschlossenen Hauptthäter, wenn dessen Entschluß von Zeit zu Zeit erkaltet, immer wieder von Neuem anregt und mit Rath unterstützt: ein Fall, wo man den Gehilfen kaum vom Miturheber wird unterscheiden können.“ Man würde überhaupt in dieser Lehre zu minderschwankenden Resultaten gelangen, wenn man den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe, wie er oben aufgestellt wurde, festhalten wollte, statt bald sich mit der einseitig objektiven Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenursache, bald mit der einseitig subjektiven Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Interesse zu behelfen. Nur diese

Digitized by Google

schiefen Unterscheidungen sind es auch, wodurch sich die Meisten bestimmen lassen, von bloßer intellektueller Beihilfe zu reden, wenn der intellektuell Einwirkende an einen schon für sich Entschlossenen gerathen ist. Wenn Feuerbach [1]) zur intellektuellen Beihilfe als Requisit fordert, daß der Wille des Andern zur That schon vollkommen bestimmt gewesen sei, so hat er damit ganz Recht, da er zugleich sagt, daß dies nur beim Rath stattfinde. Ganz etwas Andres ist aber die gewöhnliche Behauptung [2]), daß auch Auftrag, Befehl ꝛc., wenn sie einem bereits für sich Entschlossenen ertheilt werden, bloße Beihilfe darstellen. Darin liegt ein innerer Widerspruch, wenigstens bei denen, welche bei eigenem unmittelbarem Interesse an der That Urheberschaft annehmen. Denn dies Moment wird ja keineswegs aufgehoben dadurch, daß es sich auch bei einem andern Subjekte findet. Offenbar fällt man also mit jener Behauptung wieder auf den rein objektiven Standpunkt zurück, indem man hier den Mandatar als Hauptursache, den Mandanten nur als Nebenursache betrachten zu können glaubt. Vielmehr tritt aber im vorausgesetzten Falle einfach der Begriff des Versuchs ein, wie dies auch Wächter Lehrb. I. S. 149 [3]) richtig angiebt. Der Mandant, der Befehlende kann nie anders, denn als Urheber gedacht werden, d. h. als ein solcher, der sich selbst als Zweck setzt, (was ja eben darin am Deutlichsten liegt, daß er einen Andern zu seinem Mittel machen will). Trifft er nun mit seiner Thätigkeit auf einen zuvor schon Entschlossenen, der das

---

1) Lehrb. §. 50.

2) Grolman Lehrb. §. 33 n. c. Abegg Lehrb. S. 113. Marezoll S. 93.

3) Vgl. Bauer Abh. I. S. 430.

Verbrechen sofort als seine eigene, nicht als des Mandanten Schöpfung verwirklicht, so ist offenbar das Thun des Mandanten ein bloßer Versuch geblieben; d. h. es ist in dem Kreise der äusseren Bedingungen etwas (das Fürsichentschlossenseyn des Andern) eingetreten, was bewirkt, daß die Handlung nicht als das Produkt des Mandanten zur Existenz kommt. Wenn Luden [1]) diese Ansicht ebenso, wie die hier bekämpfte, verwirft, so hängt das mit seiner ganzen gekünstelten Ansicht über die Theilnahme am Verbrechen zusammen, wovon erst bei der Miturheberschaft näher die Rede seyn kann. Ueber physische Beihilfe s. östr. Strafgb. I. §. 5. [2])

Der Unterschied zwischen bestimmter und unbestimmter Beihilfe [3]) wird gleichfalls von Luden verworfen, weil sich ein verbrecherischer Entschluß gar nicht anders, als in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen fassen lasse. Aus demselben Grunde sei auch der Eintritt in eine Bande nicht als Theilnahme an den noch unbekannten künftigen Verbrechen, sondern entweder als ein für sich bestehendes Verbrechen, oder als eine bloß zu polizeilichen Sicherheitsmaßregeln berechtigende Handlung aufzufassen. Allein dieser Grund ist schief. Denn in der Natur der verbrecherischen Absicht liegt es keineswegs, daß sie nur in der behaupteten Beschränkung auf einen individuellen Fall vorkommen könnte. Selbst in Beziehung auf den Urheber kommt das Gegentheil vor, nicht nur im Fall der Bande, welchen L. ganz

---

1) Abh. II. S. 352—354.

2) Vgl. Kitka Zusammentreffen, S. 70—72. Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 303 ff.

3) Grolman §. 36 erste Hälfte, vgl. Konopak A. Arch. VII. S. 311. Wächter I. §. 90 n. 86.

Digitized by Google

richtig hierherzieht, sondern auch im Fall des fortgesetzten Verbrechens, dessen Wesen gerade darin besteht, daß aus einem Generalentschlusse eine unbestimmte Menge einzelner Akte hervorgeht, überdies bei einer Reihe bestimmter Verbrechen, die ihre specifische Natur gerade in dem Momente des Gewerbsmäßigen haben. Noch viel weniger läßt sich aber jene Beschränkung in Beziehung auf die Beihilfe rechtfertigen. Denn wie sollte man dadurch, daß man eine gewisse Art von Verbrechen im Allgemeinen unterstützt, aufhören, bestimmte Verbrechen zu unterstützen? Offenbar liegt ja in einer solchen allgemeinen Theilnahme an und für sich selbst die Theilnahme an den besondern Verbrechen.

Am meisten bestritten ist aber ferner der Unterschied zwischen positiver und negativer Beihilfe (von Wächter Begünstigung vor der That genannt). Während Stübel a. a. O. [1]) §. 43—54 die negativen Gehilfen sogar in der Regel unter die Miturheber gezählt wissen will, so wollen mehrere Neueren dieselben entweder überhaupt nicht mehr als Gehilfen angesehen, oder ihre Strafbarkeit nur von bestimmten Pflichtverhältnissen abhängig gemacht wissen [2]). Henke, Mittermaier u. A. geben wenigstens zu, daß eine solche negative Unterstützung, wenn sie vorher zugesagt sei, durchaus zu der verbrecherischen Beihilfe gezählt werden müsse. Nun kann zwar allerdings die Ansicht von Stübel nicht

1) In seiner späteren Schrift springt Stübel auch in diesem Punkte auf das entgegengesetzte Extrem über. S. 58—62.

2) Feuerbach §. 49. Kleinschrod §. 201. Grolman §. 35. Wächter I. S. 153. Henke I. S. 281. Marezoll S. 96. 97. Luden Abh. II. S. 236 ff. Rossi II. S. 67. 68. Carmignani II. S. 406. Mittermaier n. 13 | zu Feuerbach §. 49.

Digitized by Google

gebilligt werden, bei welcher übrigens zweierlei Punkte zu unterscheiden sind. Für's erste nämlich behauptet er: Wer das physische Vermögen habe, den Andern von einem Verbrechen abzuhalten, und solches zu thun unterlasse, in dem liege zugleich mit die Ursache der Existenz dieses Verbrechens, und er sei daher als Miturheber zu betrachten. Für's zweite behauptet er: die Nichtverhinderung des Verbrechens eines Andern sei im Staate (nach dem allgemeinen Staatsrechte) als pflichtwidrig und unerlaubt anzusehen. Wie nämlich jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft vermöge des bei dem Begriffe des Staats zu Grund gelegten Vereinigungsvertrags die vollkommene Verbindlichkeit habe, den allgemeinen Zweck der Rechtssicherheit zu befördern, so sei auch jeder Einzelne in derselben vollkommen verbunden, zur Sicherheit aller Zwangsrechte Alles beizutragen, was in seinen Kräften stehe, ausgenommen in dem Falle, wo diese Pflicht mit dem Rechte und der Pflicht der Selbsterhaltung in eine wahre Kollision komme. Mit Recht tadelt er von diesem Standpunkte aus diejenigen, welche (wie Kleinschrod u. A.) jene Pflicht auf staatsgefährliche oder Staatsverbrechen oder schwerere Delikte beschränken. Allein, was seine eigene Ansicht betrifft, so ist beim ersten Anblick so viel klar, daß seine beiden Behauptungen nicht neben einander Platz haben. Liegt in der Nichtverhinderung Miturheberschaft, so braucht es der Deduktion einer allgemeinen Staatsbürgerpflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen nicht mehr, vielmehr setzt eine solche Deduktion das Bewußtseyn voraus, daß die erstere Ansicht nicht genüge. Dies haben denn auch neuere Kriminalisten wohl eingesehen. [1])

1) S. besonders Oersted Grundregeln S. 201—211, der den ersten

Die Polemik gegen Stübel hat aber verschiedene Wege eingeschlagen. 1) Sein Satz, daß die Nichtverhinderung Miturheberschaft involvire, hat eine ausführliche Bekämpfung durch Luden erfahren, deren Resultat ist, daß in der Nichtverhinderung überall keine Theilnahme an fremden Verbrechen, also weder Miturheberschaft noch Beihilfe liege, daß dieselbe vielmehr bloß als eigentliches Unterlassungsverbrechen strafbar seyn könne. 2) Eben hievon gehen auch Andre aus, die gleichwohl die Nichtverhinderung bei der Theilnahme an Verbrechen überhaupt als negative Beihilfe aufführen. Denn, indem sie darin nur in gewissen besonderen Fällen eine strafbare Theilnahme erblicken wollen, stellen sie sich ganz auf den Standpunkt des bloßen Polizeivergehens und haben mit jener Subsumtion unter den allgemeinen Begriff der Theilnahme, der keine Restriktion zuläßt, Unrecht. (Feuerbach, Abegg, Heffter, Marezoll u. A.) 3) Konsequenter ist daher Henke, der gleich Luden die Nichtverhinderung, soweit sie nur partikulär strafbar seyn soll, unter den Gesichtspunkt des Unterlassungsverbrechens bringt, daneben aber noch mit Recht anerkennt, daß wenigstens die vorher zugesagte Nichtverhinderung durchaus unter den Begriff der verbrecherischen Beihilfe falle [1]). Betrachtet man diese Ansichten näher, so muß man ad 1 zugeben, daß die Stübel'sche Ansicht, sofern sie in der Nichtverhinderung in der Regel Miturheberschaft sieht, sich nicht halten läßt. Sie beruht auf der unrichtigen Ansicht Stübels über das Wesen der Urheberschaft überhaupt. Allein

---

Grund Stübels verwirft, dagegen dem zweiten energisch beipflichtet.

1) So auch Mittermaier a. a. O.

aus demſelben Grunde kann auch Luden's Anſicht nicht für richtig gehalten werden, wenn dieſer von demſelben Standpunkt aus das gerade Entgegengeſetzte behauptet. Stübel ſagt: in der Nichtverhinderung eines fremden Verbrechens liegt ſtets eine Miturſache ſeiner Exiſtenz: Luden dagegen ſagt, gerade dies ſei nicht der Fall, durch die Nichtverhinderung werde hier nicht das Verbrechen bewirkt, ſie könne gar nicht als Theilnahme an dieſem, welches ſeine zureichende Urſache für ſich habe, angeſehen werden. Beide legen alſo den falſchen Begriff von Urheberſchaft, wie er nach der einſeitigen Auffaſſung der objektiven Kauſalität gebildet iſt, zu Grunde. Dabei hat Stübel das richtige Gefühl, daß hier der Begriff der Theilnahme anſchlage, Luden das richtige Gefühl, daß hier in der Regel nicht von Miturheberſchaft die Rede ſeyn werde. Die Wahrheit iſt aber, daß hier in der Regel verbrecheriſche Beihilfe vorliegen wird, wiewohl ſich allerdings auch wohl der Fall einer wahren Miturheberſchaft denken läßt. Auch Luden giebt zu, daß, ſobald in der Nichtverhinderung wirklich die Urſache des Eintritts der verbrecheriſchen Erſcheinung gefunden werden könne, allerdings von Urheberſchaft die Rede ſeyn müſſe. Abh. II. S. 252 n. 1. Er läugnet nur, daß dies ſchon von einer ſolchen Nichtverhinderung geſagt werden könne, welche bloß darin beſtehe, daß man das verbrecheriſche Vorhaben eines Andern nicht zur Anzeige bringe oder dieſen nicht durch phyſiſche oder moraliſche Mittel abhalte. Allein eben dieſes Läugnen beruht nur auf dem vorausgeſetzten falſchen Begriff von Urheberſchaft. Zur Beihilfe gehört ja nun aber keineswegs, daß man eine unentbehrliche Miturſache des Verbrechens werde, ſondern es genügt, daß man in böſer Abſicht die Verübung eines Verbrechens durch

Digitized by Google

einen Andern erleichtre. Unzweifelhaft kann dies auch dadurch geschehen, daß man ihn nicht, wo man es könnte, durch physische oder moralische Mittel von der Begehung des Verbrechens abhält, so wie dadurch, daß man sein verbrecherisches Vorhaben nicht zur Anzeige bringt, den Bedrohten nicht warnt ꝛc. Weil dieß eben so offenbar ist, so macht Luden noch die weitere Konzession, daß auch die Nichtverhinderung dann als Theilnahme behandelt werden soll, wenn nachgewiesen werden könne, daß das Verbrechen, welches der Andre begeht, ohne jene Unterlassung nicht begangen worden wäre, namentlich also, wenn das Verhältniß der beiden Personen, des Thäters und des Mitwissers, von der Art sei, daß diesem ein rechtlich anerkannter Einfluß auf jenen zustehe. Allein, da es eben auf diese bloß objektive Kausalität nicht ankommt, die Theilnahme vielmehr lediglich darin beruht, daß man ein fremdes Verbrechen entweder zu seinem eigenen Zwecke oder sich zum Mittel dieses Zwecks als eines fremden macht, so kann auch jene Beschränkung nicht begründet seyn. Man muß nur immer wohl im Auge haben, daß das Nichtverhindern allein noch keine verbrecherische Beihilfe ausmacht, sondern nur das dolose Nichtverhindern, und daß dieser dolus dem Mitwisser bewiesen werden muß. Bedenkt man dies, so wird man in der Anerkennung des hier vertheidigten Satzes keine Gefahr für die bürgerliche Freiheit finden. Eben diese Furcht scheinen aber die ad 2 angeführten Kriminalisten zu haben, welche jedenfalls darin fehlen, daß sie von einer verbrecherischen negativen Beihilfe überhaupt sprechen und gleichwohl diesen, seiner Natur nach generellen, Begriff nur auf specielle Fälle anwenden wollen. Will man Letztres, so muß man Erstres nicht wollen. Man muß dann,

wie Luden, aufhören, von verbrecherischer Theilnahme mittelst Nichtverhinderung zu reden [1]), und letztre unter den Gesichtspunkt des (polizeilichen) Unterlassungsverbrechens bringen, wo sich dann fragt, ob mit Recht eine allgemeine Staatsbürgerpflicht zur Nichtverhinderung angenommen werden könne? Eben dies wird nun, gegen Stübel, von Feuerbach u. A. geläugnet; Feuerbach sagt einfach: an sich und ursprünglich sei der Bürger zu Verhinderung fremder Verbrechen nicht vollkommen verpflichtet [2]), deshalb könne hier ein verbrecherisches Benehmen nur unter Voraussetzung eines die Verhinderung befehlenden Gesetzes oder einer Amtsverbindlichkeit entstehen. Damit ist eigentlich geradezu der Gesichtspunkt des Unterlassungsverbrechens aufgestellt. Zweideutiger sagt Abegg [3]): der Fall könne allerdings als negative Beihilfe bezeichnet werden, überall aber müsse die Unterlassung den Charakter einer Handlung haben, darum werde hier näher erfordert, daß es eine positive Verpflichtung gewesen sei, das Verbrechen zu verhindern und anzuzeigen. Allein hiegegen bemerkt Henke sehr richtig: Wenn man jene Unterlassungen eben nur da für strafbar erkläre, wo eine besondere Verbindlichkeit obgewaltet habe, die durch das Verbrechen bedrohte Person zu vertheidigen, oder die Person des Verbrechens von rechtswidrigen Handlungen abzuhalten, oder wenn eine durch das Gesetz ausdrücklich auferlegte Verbindlichkeit bestehe, durch Mittheilung seiner Kenntniß von einem bevorstehenden Verbrechen an die öffent-

---

1) S. auch Henke I. S. 281, wo dies ganz treffend angedeutet ist.

2) Vergl. Hefftter §. 81. n. 2.

3) Lehrb. §. 76. Zusatz. Andre, wie Wächter, Marezoll berufen sich einfach auf das positive Recht.

lichen Behörden zur Verhinderung deſſelben beizutragen, ſo erſcheinen ſie freilich als verbrecheriſch, allein nicht ſofern ſie auf das nichtverhinderte Verbrechen bezogen werden, ſondern ſofern ſie als Verletzungen beſondrer Verbindlichkeiten ſich darſtellen. — Ganz richtig. Die Fragen müſſen getrennt werden. Entweder iſt von negativer Beihilfe zu ſprechen, dann können nicht bloß einzelne Fälle als ſtrafbar bezeichnet werden: oder man hat mit Letzterem Recht, dann muß man jenen Begriff verwerfen und ſich überall nur auf den polizeilichen Standpunkt ſtellen. Im bisherigen wurde nun gezeigt, daß allerdings der Begriff der negativen Beihilfe Realität habe. Eben dies giebt nun ad 3 auch Henke zu, indem er nur noch das Requiſit hinzufügt, daß ſolche Beihilfe vorher verſprochen ſeyn müſſe. Es ſcheint dieſe Beſchränkung aber nicht begründet werden zu können. Denn es handelt ſich hier nicht von einer bloßen Begünſtigung des bereits begangenen Verbrechens, wo das gedachte Requiſit allerdings nothwendig iſt, ſondern von einer Erleichterung des erſt zu begehenden. Von ſolcher Beihilfe wird ja aber ſonſt nicht gefordert, daß ſie ausdrücklich zugeſagt ſeyn müſſe, wie ſie denn auch ohnedies vollkommen — und ſelbſt ſo ſtattfinden kann, daß auf ſie gezählt wird. Abgeſehen von dieſer Beſchränkung alſo, muß die Anſicht von Henke für richtig gehalten und nur nochmals beigefügt werden, daß ein weſentliches Requiſit dieſer negativen Theilnahme der dolus iſt, der übrigens nicht bloß dolus des Gehilfen, ſondern auch dolus eines wahren Miturhebers ſeyn kann. — Erkennt man nun dies an, ſo erhält fernerhin die Frage, wie ſie von Stübel aufgeworfen wurde, ob es eine allgemeine Staatsbürgerpflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen gebe, einen andern Sinn. Nämlich zuvör-

Digitized by Google

derſt iſt es dann bereits entſchieden, daß es eine allgemeine Pflicht gebe, nicht dolose fremde Verbrechen auf die fragliche Weiſe zu befördern [1]). Wenn dann weiter der polizeiliche Standpunkt betreten wird, ſo kann ſich nur noch fragen: Soll überhaupt die Nichtverhinderung, auch die nicht dolose, mit Strafe bedroht, ſoll daraus ein allgemeines Unterlaſſungsverbrechen gemacht werden, oder ſoll dies bloß für gewiſſe beſondere Verhältniſſe (Amts- Familien-Verhältniſſe ꝛc.) geſchehen? Die ſo geſtellte Frage wäre dann wohl unbedenklich mit Henke dahin zu entſcheiden, daß es eine Schmach für den Staat ſei, in dieſem Punkte ein allgemeines Unterlaſſungsverbrechen zu ſchaffen, daß er vielmehr ſich mit dem Inſtitute der Rechtspolizei zu begnügen und nicht ſeine ſämmtlichen Angehörigen zu Polizeidienern zu machen habe. — Die hier ausgeführten Grundſätze liegen denn auch im Weſentlichen dem gemeinen deutſchen Rechte zu Grunde, und erſt neuere Geſetzgebungen haben die ebengedachte, des Staats nicht würdige Anſicht in's Leben eingeführt.

Auſſer den bisher genannten Unterſchieden wird nun auch der von vertragsmäßiger und zufälliger Beihilfe aufgeführt. Allein alle dieſe Unterſcheidungen können keineswegs zu beſtimmten Schuldgraden fixirt werden, wie dies von Kleinſchrod u. A. [2]) verſucht worden iſt. Vielmehr ſagt Heffter §. 98 n. 2 ſehr richtig: „Es iſt hier durchaus unmöglich, genauere Verhältniſſe der Strafbarkeit aufzuſtellen. So kann bald

---

1) S. auch Bauer Abh. I. S. 424. 456.

2) Syſtem. Entw. §. 199. 202. 204. 206. ſ. auch Henke I. S. 531-532. Feuerbach §. 114. beſonders aber Borſt N. Arch. VII. S. 699—703.

Digitized by Google

negative, bald positive Beihilfe strafwürdiger erscheinen, und selbst die sogenannte Begünstigung nach der That strafbarer, als manche vorangehende Theilnahme, besonders wenn jene schon vorher zugesagt war, oder wenn sie in einer eigenen Participation an den Folgen und Vortheilen der That selbst besteht. So kann intellektuelle Beihilfe zuweilen die allerstrafbarste seyn." Ebenso unrichtig als allgemeiner Satz ist, daß der vertragsmäßige Gehilfe strafbarer sei, als der zufällige. Man kann deshalb eben nur mit Hefftter so viel sagen: daß die Strafbarkeit des Gehilfen um so größer sei, je mehr sich sein Wille dem des Urhebers genähert und angeschlossen habe, ein Unterschied, der etwas Aehnliches mit dem von unmittelbarer und mittelbarer Beihilfe hat, sofern man nur diesen nicht einseitig objektiv nimmt. Es ist hier wie beim Versuch, wo gleichfalls feststeht, daß mit der Annäherung an die Vollendung die Intensität der Schuld wächst, ohne daß gleichwohl der Reichthum des Lebens in bestimmte Schuldgrade sich bannen ließe.

Hievon unabhängig ist nun aber der Unterschied [1]) zwischen generellen und speciellen Gehilfen, und der Satz, daß letztere in der Strafbarkeit von ersteren differiren. Denn dieser Unterschied berührt das Wesen der Beihilfe nicht, bezieht sich vielmehr nur auf das persönliche Verhältniß des Gehilfen zum Gegenstande des Verbrechens. Gewisse Verbrechensgattungen haben nämlich besondere Arten, die entweder qualificirt, oder privilegirt sind, bald hinsichtlich des Objekts, bald hinsichtlich der Art der Begehung, bald wegen besondrer Verhältnisse des Verbre-

---

1) Konopak A. Arch. VII. S. 297—331. Feuerbach §. 52. Wächter §. 89. n. 80. Vergl. auch Brakenhoeft N. Arch. 1840. S. 410—433. Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 304—317.

Digitized by

chers zum Gegenstande des Verbrechens. Von den letzteren Fällen ist nun hier allein die Rede. Daher kann das von Grolman §. 36. n. b angef. Beispiel des Diebstahls durch Einbrechen nicht für passend erachtet werden. Verbrechen nämlich, die durch ihr Objekt oder die Art der Begehung qualificirt sind, wie der Kirchendiebstahl oder der gefährliche Diebstahl, sind es schlechthin. Hier kann es zwar vorkommen, daß der Gehilfe in der Meinung ist, nicht zu einem qualificirten, sondern nur zu einem einfachen Verbrechen mitzuwirken; dann versteht sich, was Grolman sagt, von selbst, d. h. daß er nur als Gehilfe des einfachen Gattungsverbrechens strafbar ist, während er, sobald er den wahren Sachverhalt kennen würde, als Gehilfe des qualificirten Verbrechens zu behandeln wäre, — weil für die Qualifikation in einem objektiv allgemeinen Momente liegt. Daß mithin im ersten Fall hier der Gehilfe — nach Grolmans Ausdruck — bloß genereller Gehilfe ist, folgt einfach aus den bekannten Grundsätzen über den faktischen Irrthum. Allein eine ganz andere Frage ist es, ob der Gehilfe, der zu solchen Verbrechen mitwirkt, welche wegen besondrer persönlichen Verhältnisse qualificirt oder privilegirt sind, (wie Verwandtenmord, Familiendiebstahl) auch dann, wenn er um die Qualifikation weiß, bloß genereller Gehilfe bleibe, oder ob er durch dieses Wissen specieller Gehilfe werde? Letzteres behauptet Luden Abh. II. S. 356 ff. In erster Linie sagt er es zwar nur in Beziehung auf die von ihm sogenannte: wechselseitige Theilnahme, womit er, wie es scheint, die sonst gangbare Bezeichnung: Komplott und vertragsmäßige Beihilfe ersetzen will. Allein, da er auch für die von ihm sogenannte einseitige Theilnahme (die auch wechselseitig vorkommen könne), also wie es

Digitized by Google

ſcheint, für den Fall zufälliger Miturheberſchaft oder nicht verſprochener Beihilfe im Weſentlichen daſſelbe behauptet, ſo kann gleich hier darauf eingegangen werden. Wenn gleich nämlich zwiſchen dem Fall der wechſelſeitigen Theilnahme einerſeits, und dem Fall der einſeitigen oder wechſelſeitig-einſeitigen Theilnahme andrerſeits bedeutende Verſchiedenheiten eintreten ſollen, ſo ſollen doch dieſe Verſchiedenheiten nicht auf den Theilnehmer, ſondern nur auf den, an deſſen Handlung Theil genommen wird, ſich beziehen, d. h. alſo, die Beihilfe ſoll in beiden Fällen gleich behandelt werden. Der Grund des erhobenen Widerſpruchs liegt nun in der Behauptung: Theilnahme am Verbrechen eines Andern könne ſchlechthin nur dadurch entſtehen, daß ſich der Theilnehmer den verbrecheriſchen Entſchluß eines Andern aneigne, daß er eben den Entſchluß des Andern ganz auch zu dem ſeinigen mache. Nun könne dies natürlich nur inſoweit geſchehen, als dem Theilnehmer der fremde Entſchluß bekannt ſei (ſ. Grolman in der o. a. Stelle). Allein, ſoweit eben der Theilnehmer den fremden Entſchluß kenne, werde er nicht bloß genereller, ſondern auch ſpecieller Theilnehmer, mithin z. B. nicht bloß Gehilfe eines gemeinen Mords, ſondern eines Verwandtenmords (wenn er gleich ſelbſt ein extraneus ſei), nicht bloß Gehilfe eines gemeinen Diebſtahls, ſondern eines Familiendiebſtahls (wenn gleich er ſelbſt nicht in einem Familienverhältniſſe mit dem Beſtohlenen ſtehe). Nur bei der einſeitigen Theilnahme könne es vorkommen, daß der Theilnehmer ſpecieller Theilnehmer werde, während der Andere bloß das Gattungsverbrechen begehe, z. B. wenn die von einem extraneus verübte Ermordung, an welcher er Theil nahm, gegen einen Verwandten des Theilnehmers gieng. — Man könnte nun zunächſt daran denken,

die auffallende Behauptung Ludens dadurch zu erklären, daß er den oben angef. Unterschied zwischen den Gründen, aus welchen ein Verbrechen qualificirt, beziehungsweise privilegirt seyn kann, übersehen habe. Allein diese Erklärung schneidet er selber ab, indem er ausdrücklich sagt: man solle nicht einwenden, bei der Species mancher Verbrechen sei es, um sich ihrer schuldig machen zu können, schlechterdings nothwendig, daß sich der Handelnde in den besonderen Verhältnissen befinde, welche zu ihrem Thatbestande vorausgesetzt werden, so daß der Theilnehmer, wenn er sich nicht in diesen Verhältnissen befinde, doch nur genereller Theilnehmer sei, d. h. nur an der Verbrechensgattung Theil genommen habe, zu welcher jene Species gehöre. Gegen diese allerdings sehr treffende Einwendung sucht er zweierlei geltend zu machen, a) die besonderen Verhältnisse, in welchen der Thäter etwa sich befinde, können überhaupt nicht zum Thatbestande des Verbrechens gerechnet werden. b) aus der realen Wahrheit der Dinge folge, daß derjenige, welcher sich den Entschluß eines Andern aneigne, auch an der Species des Verbrechens Theil nehme, wenn der Entschluß des Letzteren wirklich auf diese Species gerichtet gewesen sei. — ad a) geht die Ansicht Ludens Abh. II. S. 153. n. 1. näher dahin: daß die qualificirten und privilegirten Verbrechen eigentlich gar nicht als Unterarten eines Gattungsverbrechens, sondern als selbstständig eigenthümliche Verbrechen bezeichnet werden sollten, und daß man daher sehr Unrecht thue, das in persönlichen Verhältnissen liegende qualificirende (oder privilegirende) Moment als objektives Requisit in den Thatbestand aufzunehmen, da doch z. B. zum Thatbestand des Verwandtenmords nur die Absicht, einen Verwandten zu morden, gehöre, so daß eines Theils nicht

Digitized by Google

immer Verwandtenmord vorliege, wenn der Mord gegen einen Verwandten gerichtet gewesen sei, und andern Theils auch noch von Verwandtenmord die Rede seyn könne, wenn die Richtung der Handlung gegen eine nicht verwandte Person gegangen sei. — Man könnte sich nun zuvörderst wundern, daß der sonst so eifrig den objektiven Standpunkt ausbeutende Verf. hier auf einmal der subjektiven Seite so große Konceſſionen macht. Allein eben, wenn man seine Bemerkung als richtig gelten läßt, muß man sich noch mehr darüber wundern, wie er sich gerade hier darauf berufen mag? Zugegeben nämlich, daß das persönliche Verhältniß zum Ermordeten, Bestohlenen ꝛc. nicht zum Thatbestande des betreffenden Verbrechens gehöre, sondern nur die Absicht, einen Verwandten zu morden, zu bestehlen, daß hiemit, unter Voraussetzung dieser Absicht auch der Mord eines extraneus immer noch wenigstens versuchter Verwandtenmord bleibt, — so ist ja doch soviel ganz gewiß, daß in dem letzteren Falle der Thäter wenigstens in der Meinung gewesen seyn muß, einen Verwandten zu tödten, daß aber der Gesichtspunkt des Verwandtenmords überall hinwegfällt, wo er nur einen extraneus vor sich zu haben glaubte und wirklich hatte. Wo nun an der Tödtung eines Vaters durch seinen Sohn ein extraneus Theil nimmt da kann offenbar nur der Sohn einen Vater ermorden oder zu ermorden glauben, d. h. nur bei ihm kann (nach Luden) der Thatbestand des Verwandtenmords vorliegen; der extraneus aber, der hiezu mitwirkt, kann nicht einen Vater morden, kann ihn nicht zu morden glauben, noch ihn morden wollen, d. h. (nach Luden) für ihn liegt der Thatbestand des Verwandtenmords überall nicht vor. Gerade also, wenn der Thatbestand auf die von L. geforderte Weise bezeichnet wird, kann mit erhöhtem

Digitized by Google

Nachdruck gesagt werden, daß an einem Verwandtenmord sich überall nur solche betheiligen können, welche mit dem Ermordeten in Verwandtschaftsverhältnissen, wenn nicht wirklich stehen, so doch zu stehen überzeugt sind. — Wovon aber ad b) Luden behauptet, es verstehe sich von selbst, das folgt vielmehr gar nicht aus der realen Wahrheit der Dinge. Den Entschluß, einen Verwandten zu morden, kann sich überall nur derjenige aneignen, welcher selbst ein Verwandter des zu Ermordenden ist. Denn dadurch, daß ich mir den Entschluß eines Andern aneigne, kann ich die reale Natur der Dinge nicht verändern, kann nicht den Vater des Andern zu meinem Vater machen, ihn auch nicht dazu zu machen glauben. In der Theilnahme kann doch nich die völlige Preisgebung des eigenen Selbst liegen. Wie aber in dieser Materie die Ausführung Ludens überhaupt voller Widersprüche ist, so dürfen wir auch hier nicht lange nach einer gerade entgegengesetzten Behauptung suchen [1]). L. giebt sich die größte Mühe, zu beweisen, daß man der intellektuellen Einwirkung durch Auftrag, Bitten ꝛc. durchaus nicht die Kraft der Kausalität zuschreiben dürfe, da vermöge seiner Freiheit jeder Mensch seine Entschlüsse nur aus sich selbst schöpfen und selbst dafür verantwortlich seyn könne. Mit dieser Berücksichtigung der freien, für sich selbst seienden Subjektivität steht es nun doch offenbar in schneidendem Widerspruche, wenn andrerseits behauptet wird, in der Theilnahme an dem Entschlusse eines Andern liege eine dermaßen selbstlose Hingebung, daß der Theilnehmer nun auch den Vater des Andern als seinen eigenen Vater betrachten müßte. Vielleicht könnte man meinen, diese

1) Abh. II. S. 349.

Art der Auffaſſung werde gerade durch den hier gegebenen Begriff von Beihilfe begünſtigt; wenn man nämlich auch von mehreren Miturhebern annehmen müſſe, daß jeder nur in ſeinem perſönlichen Verhältniſſe zum Gegenſtand des Verbrechens berückſichtigt werden dürfe, weil ja jeder Urheber ſich ſelbſt als Zweck ſeiner Handlung ſetze, ſo ſcheine man beim Gehilfen gerade umgekehrt dafür halten zu müſſen, daß ihm das Verbrechen ſo zuzurechnen ſei, wie daſſelbe vom Standpunkte des Urhebers aus erſcheine, weil ja der Gehilfe ſich eben nur als Mittel für einen fremden Zweck ſetze, weil er nur eine fremde Handlung unterſtützen wolle. Allein dieſer Einwurf iſt doch nur ſcheinbar. Denn das qualificirende oder privilegirende Moment in den fraglichen Verbrechen iſt eben kein objektiv allgemeines und abſolutes, ſondern nur ein ſubjektiv beſonderes und relatives. Es tritt überall nur zwiſchen Perſonen ein, die wirklich in dem fraglichen Verhältniſſe ſtehen oder zu ſtehen glauben. Eben deshalb kann es aber auf den Gehilfen ſo wenig, als auf den Miturheber, übergehen. Der Gehilfe, der nicht ſelbſt Verwandter iſt, kann ſich gar nicht den Entſchluß zu einem Verwandtenmorde aneignen. Denn der Mord, welchen der Andre begeht, iſt nur für dieſen ein Verwandtenmord, für jeden Dritten aber ein gemeiner; weshalb denn auch nur inſoweit der Entſchluß dazu von dieſem Dritten getheilt werden kann. Wenn er ſich nämlich gleich zum Mittel für einen fremden Zweck macht, ſo kann er doch für dieſen fremden Zweck nur inſoweit verantwortlich ſeyn, als er denſelben möglicherweiſe auch als den ſeinigen ſetzen könnte. Eben dies verbietet aber hier die Natur der Dinge. Der nicht verwandte Gehilfe hilft einen Fremden umbringen oder beſtehlen. Die fraglichen qualificirten oder privi-

Digitized by Google

legirten Verbrechen müssen also gerade so angesehen und behandelt werden, wie es Luden a. a. O. vom dritten Diebstahl ganz richtig zeigt, d. h. die qualificirenden oder privilegirenden Momente sind als bloß persönliche Schärfungs- oder Milderungsgründe zu betrachten, die den Gehilfen ebenso wenig berühren, als es ihm aufgerechnet wird, wenn der Dieb, dem er hilft, ein vielleicht zum drittenmal rückfälliger ist. Was dann die Beispiele betrifft, welche Luden aus dem gemeinen Rechte beibringt, so ist über das vom parricidium Hefftter §. 255 n. 5 zu vergleichen; das andre (vom Ehebruche) ist aber sehr unglücklich gewählt; denn, wenn ein Unverheiratheter, der mit einer Verheiratheten konkumbirt, als Ehebrecher bestraft wird, so liegt der Grund wahrlich nicht darin, daß er sich den Entschluß der Letzteren, die Ehe zu brechen, angeeignet hätte, sondern darin, daß er selbst unmittelbar die Heiligkeit des ehelichen Verhältnisses verletzt hat (nicht etwa bloß nach kanonischem und deutschem Recht, sondern schon nach römischem, welches ihn einen temerator alienarum nuptiarum nennt [1]), wenn es gleich den Ehebruch noch nicht von dem Standpunkte der Heiligkeit des Familienverhältnisses, sondern als Injurie gegen den Ehemann auffaßt). Uebrigens tritt auch Luden selbst der richtigen Auffassung bei, wenn er bei einseitiger Theilnahme den Gehilfen zum speciellen Theilnehmer werden läßt, während der Urheber nur das Gattungsverbrechen begeht. Freilich ist dies wieder eine starke Inkonsequenz, da Luden eigentlich gerade das Gegentheil annehmen, d. h. sagen müßte: der Sohn, der an dem gegen seinen Vater gerichteten Mordplane eines extraneus Theil nimmt,

1) Wächter Abh. I. S. 104.

Digitized by Google

eignet sich eben nur den Entschluß dieses extraneus, d. h. nur die Absicht zu einem gemeinen Morde an und kann daher nur als genereller Mordgehilfe bestraft werden [1]). — Sehr lehrreiche Verhandlungen sind über die vorliegende Frage durch das Wirtemb. Strafgesetzbuch Art. 87 angeregt worden. Dieser Artikel spricht eben die Ansicht von Luden aus, freilich nicht, ohne selbst sogleich eine bedeutende Ausnahme hinsichtlich reiner Dienstvergehen zu machen. Seine praktische Anwendung bei den Gerichten hat jedoch seine gänzliche Unhaltbarkeit in so hohem Maße gezeigt, daß ein Gerichtshof darüber das harte Urtheil fällen konnte [2]): „Die Bestimmung des Art. 87 erscheint freilich hienach ganz folgewidrig; allein sie erscheint so nur in dem wahren Lichte, als ein dem ganzen Systeme des Gesetzes, sowie den richtigen Grundsätzen der Wissenschaft in gleichem Maße widersprechendes und eben darum, wie die Erfahrung zeigt, zu den gröbsten Rechtsungleichheiten führendes Einschiebsel, welches bei der Revision des GBs. nothwendig wieder ausgemerzt werden muß."

§. 138.

Was das Verhältniß der Beihilfe zu andern Schuldunterschieden betrifft, so liegt es 1) in ihrem Begriffe, daß sie nur in doloser Weise vorkommen kann. Sie setzt stets das dolose Verbrechen eines Andern voraus, als den Zweck, wofür sich der Gehilfe zum Mittel macht. Da nun eben dieses nur mit dem Bewußtsein geschehen kann, daß der Urheber ein Verbrechen beabsichtige, die culpa dagegen wesentlich

---

1) Vergl. noch Rossi III. S. 53. 54. Das franz. Recht folgt dagegen allerdings der falschen Regel. Hellie II. S. 123 ff. Rauter I. S. 213 ff.

2) Hufnagel Komment. III. S. 85.

Digitized by Google

auf dem Nichtbewußtsein über den verbrecherischen Charakter der Handlung beruht, so kann es keine kulpose Beihilfe geben. 2) Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung ist auch auf die Beihilfe vollkommen anwendbar; und es kann die Beihilfe in beiden Formen sowohl in Beziehung auf ein vollendetes, als auf ein bloß versuchtes Verbrechen, ja sogar in Beziehung auf ein bloß verbrecherisches Vorhaben, das noch nicht bis zum strafbaren Versuche gediehen ist, vorkommen.

Anm. — 1) Daß zur Beihilfe dolus gehöre [1]), ist eine wohl fast allgemein angenommene Ansicht. Dabei entstehen indessen noch einige weiteren Fragen. a) ob es nöthig sei, daß wirklich von einem Andern ein doloses Verbrechen bezielt werde? Diese Frage wird von Hefster §. 85 bejaht, und zwar mit Recht. In der Anm. fügt er indessen bei: Wenn ein Gesetz ausdrücklich gefährliche Handlungen, die zur Ausführung von Verbrechen förderlich seyn können, strafe, so würde auch von Strafe, unabhängig von der Existenz eines Hauptverbrechens, die Rede seyn dürfen, welche Fälle man durch: qualificirte Beihilfe bezeichnen könnte. Allein es ist wohl klar, daß in solchen Fällen nur von der Urheberschaft in Bezug auf ein eigenthümliches Polizeivergehen die Rede seyn könnte. b) Ob zu Begründung der verbrecherischen Beihilfe das Bewußtsein genüge, daß die Handlung des Gehilfen zur Verübung des Verbrechens dienlich sei, oder ob er zugleich die Absicht haben müsse, die Mittel eigens zu Verübung des von dem Urheber beschlossenen Verbrechens herbeizuschaffen und auf diese Art zur Verübung der That mitwirken zu wollen? Diese

---

1) AM. Martin §. 75.

Digitized by Google

Frage wirft in der angef. Weise Kitka [1]) auf, und entscheidet sich für die erste Ansicht, indem er sagt: man dürfe die Beweggründe und Triebfedern, in welchen keineswegs das Wesen des bösen Vorsatzes gesucht werden dürfe, mit dem bösen Vorsatze selbst nicht verwechseln; das Wesen der Mitschuld liege lediglich darin, daß der Mitschuldige wisse, er leiste etwas zum Behuf einer verbrecherischen That, abgesehen davon, ob er ausserdem noch ein und welches Interesse an der Vollführung des Verbrechens habe oder nicht. So richtig das Gesagte ist, so überflüssig ist es auch, sobald man nur den dolus nicht als bösen Vorsatz, sondern in dem oben ausgef. Sinne als Absicht bestimmt. Treffender ist die auch von Kitka noch beigefügte Bemerkung, daß durch die Forderung eines eigenen unmittelbaren Interesses an der That der Gehilfe ja gerade zum Miturheber gestempelt würde.

2) Bestrittener ist die Frage, ob es auch einen Versuch der Beihilfe gebe? [2]) Widersprochen wurde dies von Feuerbach (Revision II. S. 247. 248), weil die Handlung des Gehilfen gar nicht unmittelbar die Hervorbringung des gesetzwidrigen Erfolgs bezwecke und der Gehilfe das Verbrechen gar nicht vollenden könne; man könne zwar von einem Versuche in Beziehung auf den Akt der Beihilfe selbst sprechen; allein in juristischer Hinsicht sei dies ohne Bedeutung; denn, wären die Vorkehrungen des socius zur Beihilfe conatus delinquendi, so müßte ja der Akt der Beihilfe selbst ein delictum

---

1) Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen ꝛc. S. 61—69. Vrgl. Code pénal. Art. 60 Rossi III. S. 53 ob.

2) Vergl. Bode in Hitzig's Zeitschr. VIII. S. 61. Dagegen Mittermaier N. Arch. I. S. 79.

Digitized by Google

consummatum ausmachen; dies widerſpreche aber geradezu dem Begriffe des Gehilfen, der dann Urheber ſeyn würde [1]). — Dies iſt allerdings eine Konſequenz des einſeitig den objektiven Kauſalzuſammenhang beachtenden Standpunkts, welchen Feuerbach in der ganzen Lehre von der Theilnahme am Verbrechen einnimmt. Hiernach kann nämlich die Beihilfe nie Haupturſache, ſondern immer nur Nebenurſache des Verbrechens ſeyn, das Verbrechen ſelbſt alſo nie durch die Beihilfe zu ſeiner Vollendung kommen. Gleichwohl iſt es nun ein saltus in probando, wenn hierauf weiter ſo argumentirt wird: Weil der Grund der Vollendung des Verbrechens nie bloß in der Beihilfe (als einer Nebenurſache) liegen kann, ſo kann die Vollendung überall nur einem Urheber zugeſchrieben werden. Denn offenbar ſind doch Vollendung des Verbrechens ſelbſt — und Vollendung des Akts der Beihilfe zwei ganz verſchiedene Dinge. Möchte es daher immer wahr ſeyn, daß die Vollendung des Verbrechens nie durch die bloße Gehilfenthätigkeit zu Stande kommen könne (was freilich ſelbſt falſch iſt), ſo folgt daraus keineswegs, daß der Begriff der Vollendung überhaupt mit dem des Urhebers in einem unzertrennlichen Zuſammenhange ſtehe, oder daß der Gehilfe, wenn man bei ihm von Vollendung (der Beihilfe) ſpreche, dadurch zum Urheber werde. — Vielleicht haben die neueren Vertheidiger derſelben Anſicht die Mißlichkeit der Feuerbach'ſchen Argumente gefühlt: wenigſtens bringen ſie andre vor. So ſagt Zachariä [2]), der gleich Feuerbach anerkennt, „daß es verſchiedene Stufen oder Grade der Beihilfe mit Rückſicht auf das Fort-

1) Vergl. Martin Lehrb. §. 82.

2) Verſuch I. §. 39.

ſchreiten der verbrecheriſchen Thätigkeit und der Wirkſamkeit des Gehilfen für das Verbrechen gebe," d. h. alſo, daß der Typus des Verſuchsbegriffs auf die Beihilfe anwendbar ſei, gleichwohl, daß man juriſtiſch von einem ſolchen Verſuche nicht reden könne. Denn hiezu wäre erforderlich, daß der geſetzliche Begriff der Beihilfe gewiſſe, auf das Fortſchreiten der verbrecheriſchen Thätigkeit bezügliche Merkmale an ſich trüge, durch deren Vorhandenſein der vollſtändige Begriff der Beihilfe bedingt würde. Allein dies ſei nicht der Fall, da der vollſtändige Begriff der Beihilfe ſogleich vorhanden ſei, ſobald nur irgend eine auf Beförderung des Delikts gerichtete Handlung in die äuſſere Exiſtenz trete. — Das hat allerdings einigen Schein, ſofern die poſitiven Geſetze, namentlich auch die neuſten, von Beihilfe überhaupt reden es mag viel oder wenig geleiſtet ſeyn, ja ſogar dann ſchon, wenn eine phyſiſche Mitwirkung vor oder nach der That auch nur zugeſagt wird, möge ſie auch gleich hinterher gar nicht geleiſtet werden [1]). Allein damit iſt von den Geſetzen keineswegs geſagt, daß nun auch alle verſchiedenen Grade von Beihilfe, daß namentlich die wirklich geleiſtete mit der bloß verſprochenen über Einen Leiſten geſchlagen werden ſolle [2]). Wenn ſie aber hier einen Unterſchied in der Strafbarkeit ſtatuiren, ſo kann dies ſeinen Grund einzig und allein darin haben, daß ſie die mehr oder minder fortgeſchrittene Thätigkeit des Gehilfen unter das Princip und den Typus des Verſuchs (die mit der Extenſität der Thätigkeit wachſende Intenſität der Schuld) ſtellen. Ganz beſonders klar wird dies aber dadurch, daß die Geſetze die Strafloſigkeit

1) Kitka a. a. O. S. 78.
2) Hufnagel Komment. III. S. 100.

Digitized by Google

wegen freiwilligen Abſtehens auch bei der Beihilfe eintreten laſſen, da der gedachte Satz ſeine Begründung weſentlich in der innerſten Natur des Verſuchs hat (was von Zachariä §. 40 zwar geläugnet wird, aber umſomehr ohne Grund, da er es nachher ſelbſt behauptet und weitläufig ausführt). Allerdings hat Z. darin Recht, daß ſich nicht objektiv feſtſtellen läßt, wann die Beihilfe vollendet iſt, und daß inſofern ein weſentlicher Unterſchied zwiſchen ihr und der Urheberſchaft ſtattfindet, daher denn auch die Abfertigung des von Hepp ihm entgegengehaltenen apapogiſchen Beweiſes vollkommen gerechtfertigt iſt. Allein bei der Beihilfe tritt ein, was beim Urheber des Hauptverbrechens nicht zuläßig wäre: daß nämlich der Unterſchied zwiſchen Verſuch und Vollendung ſubjektiv, d. h. nach der Abſicht des Gehilfen beſtimmt werden muß. Hat er alſo bloß Beihilfe verſprochen, aber gar nicht, oder nicht im verſprochenen Maße geleiſtet, oder hat er eine nicht verſprochene Hilfe zu leiſten angefangen, iſt aber unter Umſtänden unterbrochen worden, welche keinen Zweifel über eine weiter gehende Abſicht übrig laſſen, ſo iſt bloßer Verſuch der Beihilfe anzunehmen. So nimmt es denn auch das Bair. Strafgb. I. Art. 82 an, und auch nach neuem Wirtemb. Rechte waltet kein Zweifel darüber ob, daß zwiſchen Verſuch und Vollendung der Beihilfe zu unterſcheiden ſei, und daß beiderlei Formen ſowohl bei einem verſuchten, als bei einem beendigten Verbrechen vorkommen können (nur der Umſtand, daß das Wirt. GB. die Vorbereitungshandlungen ſtraflos läßt, bringt einige Modifikationen hervor [1]). Heffter §. 85 n. 3 meint zwar, der Verſuch einer intellektuellen Beihilfe werde

1) Hufnagel Komm. III. S. 104—106.

ſich ſchwer annehmen oder zur Gewißheit bringen laſſen. Allein mit Unrecht: denn es kann z. B. Jemand dem intellektuellen Urheber zuſagen, daß er den phyſiſchen mit Rath unterſtützen, ihm Unterricht ertheilen wolle, gleichwohl aber kann dies Verſprechen nicht in Erfüllung gehen, ſei es daß der Gehilfe ſelbſt ſich anders entſchließt, oder daß er durch äuſſere Umſtände verhindert wird, oder daß der phyſiſche Urheber den Rath und Unterricht nicht annimmt u. ſ. f. Man muß daher Bauer [1]) beiſtimmen, wenn er allgemein ſagt: „Die Beihilfe iſt nur eine verſuchte, wenn der Gehilfe durch eine äuſſere Handlung die Abſicht, das Verbrechen eines Andern zu befördern, an den Tag gelegt hat. Vollendet iſt die Beihilfe, wenn der Gehilfe Alles gethan hat, was von ſeiner Seite zur Beförderung des vom Andern beabſichtigten Verbrechens geſchehen konnte oder ſollte. Ob das Verbrechen ſelbſt vollendet wurde oder nicht, darauf kommt es bei dieſer Unterſcheidung nicht an. Es kann zu einem vollendeten Verbrechen eine bloß verſuchte Beihilfe, und zu einem bloßen Verſuche eines Verbrechens eine vollendete Beihilfe geleiſtet ſeyn. Ja die Beihilfe kann vollendet ſeyn, ohne daß das Verbrechen, welches dadurch befördert werden ſollte, auch nur verſucht worden wäre. Wenn z. B. Einer ſein geladenes Piſtol dem Andern zu dem von dieſem beabſichtigten Morde wiſſentlich und vorſätzlich geliehen hat, ſo iſt ſeine Beihilfe vollendet, wenn auch der Andere die Abſicht zu morden ganz aufgiebt, ohne irgend etwas zur Ausführung dieſes Verbrechens gethan zu haben.“ — Es wurde ſchon oben bemerkt, daß die Anerkennung dieſer Sätze praktiſch vornämlich deshalb von Wichtigkeit ſei, damit

1) Abhandl. I. S 459.

der Grundſatz von der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuchs auch auf die Beihilfe angewendet werden könne. Soll dies nun aber wirklich geſchehen können, ſo genügt es nicht etwa daran, daß der Gehilfe bloß einfach ſeine Zuſage nicht erfülle oder bloß einfach von der bereits begonnenen Hilfeleiſtung wieder abſtehe, da in beiden Fällen (auſſer wenn das Verbrechen ſelbſt wirklich infolge dieſes Rücktritts des Gehilfen unterblieben iſt) immer noch ein Reſt von intellektueller Beihilfe zurückblieb. Sondern es muß der Gehilfe dem Urheber ausdrücklich erklären, daß er auf ihn nicht zu rechnen habe (welcher Effekt natürlich noch gewiſſer darin liegt, wenn der Gehilfe die Obrigkeit zum Einſchreiten veranlaßt). Denn erſt durch eine ſolche ausdrückliche Erklärung wird jener Reſt von intellektueller Beihilfe wirklich neutraliſirt und es iſt nun, wie Hufnagel a. a. O. S. 107 richtig bemerkt, ſo anzuſehen, als ob der Urheber nun einen neuen Entſchluß gefaßt habe, die That ohne Beihilfe auszuführen, wofür jener Andere nun natürlich nicht mehr verantwortlich ſeyn könne.

§. 139.

Während der Gehilfe ſich bloß als Mittel für einen fremden Zweck, mithin einen Urheber neben ſich vorausſetzt, ſo beſteht im Gegentheil die Anſtiftung darin, daß ein Subjekt ſich bloß als Zweck und eine fremde Handlung als Mittel zu dieſem Zwecke ſetzt, ſo daß alſo neben dem Anſtifter als ſolchem (denn er kann freilich nebenbei auch ſelbſt als phyſiſcher Urheber auftreten, erſcheint aber dann eben in dieſer Beziehung nicht als Anſtifter) ſtets ein phyſiſcher Gehilfe vorkommen muß, der ſeinerſeits ſelbſt Urheber oder bloßer Gehilfe ſeyn kann.

Digitized by Google

§. 140.

Näher enthält aber der Begriff der Anſtiftung dies, daß der Anſtifter auch eine wirkliche Handlung eines Andern, hiemit dieſen als freie Kauſalität, als ſein Mittel ſetze. Denn, wo dies nicht ſtattfindet, d. h. wo das Thun des Andern als ein für dieſen ſelbſtloſes erſcheint (wenn er ſubjektiv unzurechnungsfähig oder von dem Erſteren in einen die Zurechnung aufhebenden Irrthum verſetzt oder durch eine die Zurechnung aufhebende Gewalt zu ſeiner Thätigkeit genöthigt iſt), da iſt nur ſcheinbar eine Anſtiftung vorhanden, während in der That der ſcheinbare Anſtifter als alleiniger, mithin auch phyſiſcher Urheber zu betrachten iſt. Derſelbe macht nämlich hier in Wahrheit keine fremde Handlung zu ſeinem Mittel; vielmehr iſt das Thun des Andern ganz wie das Wirken ſelbſtloſer Natururſachen anzuſehen, das, ſofern es lediglich durch die Handlung des Erſteren in Thätigkeit geſetzt wurde, eben nur als deſſen Wirkung erſcheint. Die praktiſche Bedeutung hievon liegt aber darin, daß infolge dieſer Einſicht anerkannt werden muß, ein ſolcher Urheber könne dies auch auf kulpoſe Weiſe werden.

Anm. — So wenig im Uebrigen mit den Behauptungen Luden's in der Lehre von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen übereingeſtimmt werden kann, ſo iſt er doch gerade in dieſem Punkte unzweifelhaft einem wirklichen Irrthum der gewöhnlichen Doktrin entgegengetreten. Abh. II. S. 333—341 [1]). Denn auch die Bezeichnung: Unfreiwillige Komplicität, welche Hefftter §. 79 für die fraglichen Fälle braucht, läßt ſich nicht halten, da ſie einen Widerſpruch in ſich ſelbſt enthält. Ganz mit Recht fragt nämlich Luden, wie man einer-

1) S. übrigens ſchon Oerſted Grundregeln S. 183 ff. Marezoll S. 93 n. 1. Biſini a. a. O. S. 301. Rossi III. S. 16.

Digitized by Google

seits von solchen Fällen behaupten möge, daß dabei von alleiniger Bestrafung des intellektuellen Urhebers die Rede seyn könne, während man doch andrerseits dieselben unter die Rubrik der verbrecherischen Theilnahme, der Mitschuld stelle? „Wer wird den Gerichtsdiener, der einem formgerechten Befehle des Richters zufolge einen Unschuldigen zur Haft bringt, für einen Theilnehmer an dem Verbrechen widerrechtlicher Gefangenhaltung ansehen? oder den Kassenbeamten, der unter dem Einflusse lebensgefährlicher Drohungen den Räubern den Weg angiebt, auf welchem sie zur Kasse gelangen können, für einen Theilnehmer an dem Raube? oder das Gericht, welches auf den Grund falscher Zeugenaussagen Jemanden zum Tode verurtheilt, für Theilnehmer an dem Verbrechen der Ermordung? Niemand wird läugnen, daß in den angegebenen Beispielen das Verbrechen von demjenigen allein begangen worden ist, der den Befehl oder die Drohung erlassen oder das Gericht in den verhängnißvollen Irrthum versetzt hatte." Indessen ist hier einmal die Aufzählung der Fälle nicht vollständig, sofern dahin vor Allem auch der gehört, wenn Jemand zum Organ seiner Handlung einen (subjektiv) Unzurechnungsfähigen wählte. Dann wäre genauer — nicht von Befehl, Drohung, oder, wie Heffter thut, von psychologischem Zwang — sondern von Gewalt zu sprechen, sofern der Zwang, Befehl, die Drohung ꝛc. ꝛc. nicht an sich zu den Gründen gehören, aus welchen die Zurechnung aufgehoben wird, sondern nur dann und insoweit die gleiche Folge haben, wenn sie rechtlich als gleichwirkend mit unwiderstehlicher Gewalt vorgestellt werden [1]). Endlich aber kann von den praktischen Folgerungen, welche Luden aus jenem Satze

1) S. Grolman §. 41. N. Arch. vgl. mit §. 23.

Digitized by Google

ableitet, nur die eine, oben angeführte, anerkannt werden, während bei der andern (S. 341 ff.) sogleich wieder verkehrte Vorstellungen über das Wesen der Urheberschaft sich einmischen. Auch jene muß indessen anders begründet werden, als es von Luden geschieht, der hier stets nur vom Gesichtspunkte der Theilnahme, d. h. des Gattungsbegriffs für Miturheberschaft und Beihilfe ausgeht, während doch die vorausgesetzten Fälle zur Beihilfe in gar keiner Beziehung stehen, sondern das Interesse dabei nur in der Frage beruht, ob derjenige, welcher den Anstoß zum Verbrechen giebt, als alleiniger Urheber oder als Anstifter zu betrachten sei. Abgesehen davon, hat Luden freilich in der Sache Recht, da allerdings auch vom Standpunkt der Anstiftung aus (s. u.) es vollkommen wahr ist, daß sie nur in Form des dolus vorkommen kann, daß man daher sehr Unrecht hat, auch die vorliegenden Fälle unter den Begriff der Anstiftung zu stellen, sofern bei ihnen die Urheberschaft auch in Form der culpa möglich ist. Der Sache nach erkennt dies auch Hefftter, wenigstens für den Fall der luxuria, an und erwähnt namentlich das Beispiel eines schlechten Arztes, der Jemanden ein schädliches Mittel zum Gebrauch bei einem Dritten anräth. Uebrigens macht Hefftter mit Recht auch noch darauf aufmerksam, daß in den fraglichen Fällen auch der Thäter in culpa seyn könne (so namentlich, wenn der Irrthum, in welchem er handelte, zu den vermeidlichen gehörte). Wenn nun gleichwohl der Ausdruck: Komplicität, den er wohl eben in dieser Beziehung gebraucht hat, oben in Anspruch genommen wurde, so lag der Grund hiefür darin, daß a) den Fall angenommen, daß beide in culpa waren, von einer Komplicität dennoch nicht gesprochen werden darf, weil (s. unten) die Begriffe des Versehens und der Komplicität sich gegenseitig abstoßen. b) Den

Fall angenommen, daß der eine in dolus, der Andere in culpa war, nur das Dilemma möglich ist; aa) der intellektuell Einwirkende war in culpa, der Thäter in dolo; dann ist nur der letztere als Urheber des Verbrechens zu betrachten, weil, wie unten gezeigt werden wird, intellektuelle Urheberschaft nur in Form des dolus möglich ist[1]). bb) Das Verhältniß ist umgekehrt[2]); dann ist allerdings Komplicität vorhanden, aber eine bloß äusserliche, die als solche so wenig rechtliche Bedeutung hat, als das Zusammentreffen mehrerer kulposen Urheber.

§. 141.

Die Anstiftung setzt wesentlich dolus voraus. Denn sobald Jemand darauf ausgeht, eine fremde Subjektivität und deren freie Kausalität als Mittel für sich zu setzen, so kann er dies nur behufs der Realisirung eines Zweckes, mithin nur absichtlich thun. Es ist aber wohl zu bemerken, daß auch hier Absicht nicht mit Vorsatz gleichbedeutend, daher hier so wenig, als bei der Beihilfe, die Form des impetus und der luxuria ausgeschlossen ist. Mittelst bloßer culpa dagegen ist Anstiftung schlechterdings unmöglich und ein solcher, der etwa aus Versehen bei einem Andern den Entschluß zu einem Verbrechen veranlaßt hat, ist überall nicht als verantwortlich zu betrachten, weil die Voraussetzung der culpa als verbrecherischer Schuld, daß das Subjekt den Erfolg hätte voraussehen können und sollen, nur bei Einwirkungen des Subjekts auf den Naturkausalismus, nicht aber bei Einwirkungen auf die freie und deshalb aller Berechnung sich entziehende Kausalität andrer Subjekte, eintritt.

Anm. — Der Sache nach ist dies von den Meisten zugegeben. Allein theils nicht aus den richtigen Gründen, theils mit irrigen Modifikationen. Was nämlich Ersteres

1) Abegg Lehrbuch S. 113. Heffter §. 83. n. 4.
2) Marezoll S. 90. n. 2.

Digitized by Google

betrifft, ſo wird die Nichtverantwortlichkeit deſſen, welcher ohne Abſicht, aus reiner Fahrläßigkeit bei einem Andern den Entſchluß zu einem Verbrechen erregt hat, entweder bloß einfach behauptet (Heffter §. 79 n. 3, Marezoll S. 90 n. 3)[1], oder ſie wird aus der irrigen, auf die objektive Kauſalität allein fußenden Theorie von der Urheberſchaft abgeleitet (Luden Abh. II. S. 336). Der Grund liegt aber nur in dem oben Angeführten, was übrigens auch von Abegg S. 113 wenigſtens angedeutet wird, wenn er ſagt, der intellektuelle Urheber ſei deshalb immer in dolo, weil er ſich des Andern als Mittels bediene. Was ſodann die unrichtigen Modifikationen betrifft, welche die Meiſten dem Satze geben, ſo iſt zuvörderſt an den vorigen Paragraphen zu erinnern, d. h. zu bemerken, daß die Meiſten den nur vom wirklichen Anſtifter geltenden Satz auch auf die dort angeführten Fälle ausdehnen. Ferner aber beſchränken ſie, wie gewöhnlich, ſo auch hier den Begriff des dolus auf den Vorſatz, während Heffter a. a. O. auch hier das Richtige trifft, wenn er ſagt, daß eine intellektuelle Urheberſchaft auch in der Form der luxuria vorkommen könne, und in der Note 3 von einem „ganz unabſichtlichen Benehmen", als dem Gegenſatze hievon, ſpricht.

§. 142.

Die Anſtiftung ſetzt daher immer neben dem Anſtifter **die in einer fremden freien Kauſalität gegründete, und eben dieſem Andern zu dolus und culpa zurechenbare Handlung eines zweiten Subjekts voraus. Als mögliche Mittel ergeben ſich: Rath[2], Auftrag[3], Bitte, Verführung, welche Mittel**

---

[1] Vergl. Abegg N. Archiv XIV. S. 454—458. Wächter ebend. S. 329. Anm. 27. Vgl. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 46.

[2] Vgl. Mittermaier N. Arch. VIII. S. 336—342. Simoni II. S. 48.

[3] Rossi III. S. 34—42. Simoni II. S. 55.

jedenfalls die Verantwortlichkeit des Angestifteten offen lassen; ferner aber Befehl [1]), Drohung, Versetzung in Irrthum [2]), sofern eine derartige Einwirkung im einzelnen Fall die Verantwortlichkeit des Angestifteten (wegen dolus oder culpa) nicht abschneidet [3]).

Anm. — Die Urheberschaft durch Auftrag wurde geläugnet von Mittermaier N. Archiv III. S. 135. S. dagegen Henke I. S. 267—270 [4]). Daran schließen sich die zwei Streitfragen a) ob auch ein stillschweigender Auftrag zum Verbrechen vorkommen könne? b) ob die Genehmigung dem Auftrage gleich zu achten sei? Beide Fragen werden mit Recht von den neueren Kriminalisten geläugnet. Gleichwohl geschieht auch dies theilweise unter Modifikationen, denen man nicht zustimmen kann [5]). So z. B. sagt ad a) Henke ohne Zweifel mit Recht, daß ein bloßes „Geschehenlassen" einem Auftrage nicht gleich geachtet werden könne; und wenn er weiterhin die Ansicht Kleinschrod's billigt, der in der Nichtverhinderung eines fremden Verbrechens nur Beihilfe sehen will, so wird dies wiederum für die meisten Fälle das Richtige seyn. Nur muß dann, wie oben ausgeführt wurde, für die Nichtverhinderung dolus als Requisit gefordert und überdies die Möglichkeit selbst einer Miturheberschaft in dieser Form freigelassen werden; und Henke hätte dann nicht S. 280 sagen sollen, daß nur die vorher versprochene Nichthinderung unter die Beihilfe

1) Rossi III. S. 33, 34.

2) Oersted Grundregeln S. 184—186.

3) Henke I. S. 266—274. Bauer Abh. I. S. 435—440. Kitka a. a. O. S. 50—57. Abegg N. Arch. 1841. S. 400—410.

4) Vgl. Bauer Abh. I. S. 435—437.

5) Daß zur Anstiftung nicht gerade Worte erforderlich sind, versteht sich von selbst. Abegg a. a. O. S. 410—419.

Digitized by Google

fallel — Ebenso willkührlich sind die Beschränkungen, welche Luden[1]) geltend macht, daß nämlich das bloße Nichtverhindern nicht strafbar sei, sondern nur die Genehmigung des vom Verbrecher selbst gefaßten Entschlusses, welche nach dem objektiven Standpunkt des deutschen Rechts als Mededelinquenz (Beihilfe) bestraft werden müsse, ad hoc) wird jetzt wohl überall zugegeben, daß der Sap: im malefitio ratihabitio mandato aequiparatur sich in keinem Falle, wie die Glossatoren und italienischen Praktiker — freilich unter bedeutenden Restriktionen — es behaupteten, auf bereits vollendete Verbrechen beziehe. Dagegen meint nun Heyne, es sei überall nur auf die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen zu beziehen[3]), während andere ihm auch eine strafrechtliche Bedeutung zuschreiben; wie denn z. B. Abegg darin das sa) Angefindet, daß nämlich nach römischem Rechte Jeder durch Einmischung in einen verbrecherischen Plan zum Consilius und Socius geworden sei, sobald er nicht ausdrücklich seine Genehmigung versagt habe. Am richtigsten scheint, was Heffter[4]) sagt, daß nämlich die Ratihabition eines bereits vollzogenen Verbrechens niemals eine obligatio ad poenam begründen könne, daß es aber ganz anders sich verhalte mit der Ratihabition eines erst im Vollzuge begriffenen Verbrechens, worin eine Anreizung zur Vollendung liege. Eine solche Ratihabition kann, je nach dem Zwecke des Handelnden, als bloße Beihilfe oder als Mitverbrechen erscheinen. Die Beispiele übrigens, welche Heffter §. 78 n. 2. beibringt, sind zwar an sich

1) Abh. 1. S. 209. II. S. 253—257. 360.
2) S. Rossi III. S. 7. Mittle II. S. 90. Simoni II. S. 62.
3) Vgl. Marezoll S. 49 in der Anm.
4) §. 83. n. 4. zu §. 78. n. 2. Vergl. Oerstedt Grundregeln S. 197—200.

Digitized by Google

richtig, gehören aber richtiger zu einer andern Frage. Daß Theilnahme an einem vollendeten Verbrechen, worin allerdings natürlich eine Ratihabition deſſelben liegt, ſtrafbar ſei, daß ſie aber ein ſelbſtändiges Verbrechen bilde, iſt ſchon oben vorgekommen.

C. Die Miturheberſchaft.

§. 143.

Die Einheit der im vorigen Abſchnitte in Gegenſatz getretenen Momente, d. h. a) der durch den Willen eines Andern vermittelten Betheiligung, und b) der intellektuellen, eine fremde Handlung als Organ ſetzenden Produktion eines Verbrechens, bildet nun c) die Miturheberſchaft, d. h. dasjenige Verhalten mehrerer Perſonen bei einem Verbrechen, wobei Jeder ſich ſelbſt als Zweck der Handlung und die Andern als ſeine Mittel, daher auch die äuſſeren Handlungen der Andern, ſoweit ſie der allen gemeinſchaftlichen Abſicht entſprechen, als die ſeinigen ſetzt. Hiemit iſt von ſelbſt geſagt, daß von kulpoſer Miturheberſchaft keine Rede ſeyn könne; — nicht, als ob nicht ein rechtsverletzender, durch culpa hervorgebrachter, Erfolg mehrere Urheber haben könnte; aber dieſe mehreren Urheber ſind nicht Miturheber zu nennen, da ihr Zuſammentreffen rechtlich ohne alle Bedeutung iſt, vielmehr die Sache ebenſo ſich verhält, als wenn jeder derſelben das fragliche Verbrechen abgeſondert für ſich begangen hätte. Dagegen ſtellt ſich als Uebergang zum Fall der Miturheberſchaft derjenige dar, in welchem ein Anſtifter eine fremde Subjektivität in der Weiſe zu ſeinem Mittel gemacht hat, daß deren Handlung ihr ſelbſt nur zur culpa zugerechnet werden kann (weil etwa der Irrthum, in welchen ſie durch den Anſtifter verſetzt wurde, ein vermeidlicher war). Hier nämlich iſt zwar gleichfalls noch keine Miturheberſchaft vorhanden, weil wiederum das Zuſammentreffen beider Verſchuldungen rechtlich ohne

Digitized by Google

Gewicht ist; aber es tritt hier doch der physische Urheber neben dem Anstifter nicht mehr als mechanisch wirkende Naturkraft, sondern als freie Kausalität auf, daher hier überhaupt von Anstiftung gesprochen werden kann. Allein zur wirklichen Miturheberschaft erhebt sich die Anstiftung erst dann, wenn der Anstifter die fremde Subjektivität zu doloser Theilnahme an seinem Verbrechen vermocht hat.

§. 144.

Sonach stellt sich als Fall der Miturheberschaft 1) zunächst der eben gedachte dar, d. h. das Verhältniß eines Anstifters zu einem gleichfalls in dolo befindlichen Angestifteten. Es kann aber auch 2) in Mehreren der gleiche dolus unabhängig von einander vorhanden seyn und dieselben zufällig zur gemeinschaftlichen Begehung des Verbrechens sich zusammenfinden, 3) können diese Mehreren gegenseitig zu einander im Verhältniß von Anstiftern und Angestifteten stehen (Komplott). — Hiemit soll jedoch wiederum nicht die Meinung ausgesprochen seyn, als ob nicht neben den genannten Verhältnissen auch kulpose Urheber und bloße Gehilfen vorkommen könnten, sondern es soll bloß damit gesagt seyn, daß das Zusammentreffen von derlei kulposen Urhebern und Gehilfen mit wahren Miturhebern rechtlich keine für sich bedeutende Konjunktur bilde.

Anm. — Es ist in dieser ganzen verworrenen Lehre vor Allem nöthig, einmal die wahren Begriffsmomente gehörig zu sondern und in der durch die Natur der Sache gegebenen Ordnung das Eine aus dem Andern sich entwickeln zu lassen, sodann aber, was sich hiemit freilich von selbst ergiebt, die mannigfachen unnützen und bloß verwirrenden Eintheilungen und Unterscheidungen, welche hier kursiren, zu verbannen. Hier ist nun von dem Begriff der freien Kausalität ausgegangen, der sich 1) unmittelbar in dem der

Digitized by Google

Urheberſchaft (der doloſen und kulpoſen) darſtellte. Dieſe Urheberſchaft kann nun kumulirt vorkommen, ohne daß das Zuſammentreffen mehrerer Urheber auf die rechtliche Beurtheilung jedes Einzelnen Einfluß hätte. Dieß iſt der Fall, wenn kulpoſe Urheber unter ſich, oder kulpoſe mit doloſen zuſammentreffen. Dieſe Fälle bieten mithin nichts Eigenthümliches dar und bilden ſonach auch kein beſonderes Moment in der Entwicklung, ſowenig als dieß bei der Kumulation mehrerer doli determinati der Fall iſt. Der Begriff der freien Kauſalität tritt nun aber 2) in das Stadium der Differenz; die in der Urheberſchaft unmittelbar vereinigten Momente der freien Kauſalität an ſich, und des Selbſtzweckſeins fixiren ſich ſelbſtändig, indem die Beihilfe das erſte Moment ohne das zweite, die Anſtiftung dagegen das zweite Moment in ſeiner Abſtraktion darſtellt. Eben wie die Beihilfe eine verbrecheriſche doloſe Handlung bildet, die aber für einen andern Willen als Zweck unternommen wird, ſo ſtellt die Anſtiftung die verbrecheriſche Willensäuſſerung einer Subjektivität dar, welche nicht ſich ſelbſt, ſondern eine fremde Handlung zum Mittel und Organ ihres Zwecks macht. Daß die Gegenſätze nicht mehr ſo ſchneidend ſind, wie auf den vorhergehenden Stufen, daß namentlich einerſeits die Beihilfe ſelbſt nicht ohne (freilich durch einen fremden Willen vermittelte) Zweckſetzung, andrerſeits die Anſtiftung nicht ohne Handlung (die hier eben in der intellektuellen Einwirkung beſteht) gedacht werden kann [1]), das liegt darin, daß dieſe ganze Begriffsreihe die konkrete Spitze in der Entwicklung des formellen Schuldbegriffs bildet, indem nun eben die konkrete Natur dieſer Begriffe auch in den Unterſchieden,

---

[1] Vgl. **Abegg** im N. Archiv. 1841. N. 379 ff.

welche dabei sich entwickeln, eine Abstraktion von dem Wesen der Handlung, als der vermittelnden Einheit ihrer subjektiven und objektiven Seite, nicht mehr zuläßt. Uebrigens ist bei der Anstiftung noch die Stufenfolge zu bemerken, die in der obigen Aufzählung nur angedeutet liegt: a) die bloß scheinbare Anstiftung (§. 140), wobei das Thun des Anderen nur ein vollständiges Geschehen ist, b. wenn er blödsinnig war, oder wenn der intellectuelle Urheber auf eine Weise auf ihn einwirkte, welche der unwiderstehlichen Gewalt rechtlich gleich zu stellen ist, oder wenn er von demselben in einen unvermeidlichen Irrthum versetzt wurde, b) die wirkliche Anstiftung, welche aber noch nicht Miturheberschaft begründet; sie findet in dem Falle statt, wenn wirklich durch die Anstiftung eine fremde Handlung in Bewegung gesetzt, wenn also wirklich die freie Kausalität eines Andern zum Mittel für den Zweck des intellectuellen Urhebers gemacht worden ist, aber zunächst nur so, daß dem Handelnden selbst der Erfolg bis zur culpa zugerechnet werden kann, z. B. wenn er durch den Anstifter in einen Irrthum versetzt war, den er hätte vermeiden können. Hier sind denn allerdings mehrere Urheber, ein doloser und ein culposer. Aber diese sind nicht Miturheber. Jenen gehört die That auf ganz unterschiedene Weise an, so daß die Beurtheilung des einen ohne allen Einfluß auf die des andern ist. c) Die wirkliche Anstiftung, welche in dem Anzustiftenden eine dolose Betheiligung am Verbrechen hervorgerufen hat. Diese tritt nun zwar nicht immer, aber doch in der Regel, — denn allerdings kann dieser dolose Thäter auch bloßer Gehilfe seyn, z. B. ein Bedienter, der für seinen Herrn den Akt der Entführung vornimmt), [1] in das Gebiet der Miturheberschaft ein.

1) Vgl. Heffter §. 54 u. 4. MM. Rossi III. S. 41—47.

Digitized by Google

3) Nämlich stellen sich die in die Differenz auseinander gegangenen Momente zu einer neuen vermittelten Einheit wieder her in dem Begriff der Miturheberschaft, welche in allen ihren Formen dies enthält, daß Jeder ebenso sich selbst Zweck, als Mittel für den Selbstzweck des Andern ist. Aus diesem Begriff ergiebt sich, daß sie überall, ohne vorausgesetzt und mit eben diesen bolose Zusammenwirken begründet eine eigenthümliche Stufe in der Entwicklung des Begriffs der freien Kausalität, womit dann aber freilich nicht gesagt ist, daß nicht daneben auch culpose Urheber und bloße Gehilfen (positive oder negative, vertragsmäßige oder zufällige ꝛc.) vorkommen können.

1) Intellektuelle Miturheberschaft.

§. 145.

Der einfachste Fall der Miturheberschaft ist die Entstehung derselben aus der einfachen Urheberschaft, d. h. in der Weise, daß die bolose Urheberschaft eines andern mittelst bolofer intellektueller Einwirkung, Anstiftung hervorgebracht wird. Als Mittel können hier alle Weisen intellektueller Einwirkung vorkommen, ausgenommen die Versetzung in Irrthum, die es mit sich bringt, daß der Anstifter stets der einzige, wenigstens bolose, Schöpfer der That bleiben will und muß. Damit aber der Begriff der Anstiftung vollständig vorliege, so ist nöthig, daß die intellektuelle Einwirkung auch in der That wirksam gewesen sei. Ob nun im Gegentheil hievon derjenige, welcher zu dem Verbrechen erst angestiftet werden sollte, schon für sich zur Begehung desselben entschlossen gewesen, so daß er sofort dasselbe als seine eigene, nicht als die Handlung des Anstifters begeht, so ist der Anstifter nur wegen Versuchs verantwortlich. Denn es ist hier im Kreise der äußeren Bedin-

Digitized by Google

gungen ein Moment (das Fürsichentschlossenseyn des Andern) eingetreten, welches bewirkt, daß die Handlung überall nicht als Produkt des Anstifters zur Existenz kommt. Da nun gleichwohl der Anstifter durch diesen äusserlichen Umstand das Wesen des Anstifters nicht verlieren kann, so ist ihm ein Versuch zuzurechnen.

Anm. — s. oben Anm. zu §. 137. Wie schon dort angeführt wurde, so hat sich gegen die häufig vorkommende Ansicht, daß das, was hier als Versuch bezeichnet wird, bloße Theilnahme sei, auch Luden Abh. II. S. 352—354 erklärt. Daß dieß jedoch nicht aus dem treffenden Grunde geschehen seyn könne, beweist sich sogleich daraus, daß er auch die Bezeichnung als Versuch verwirft. Er stellt über die ganze Lehre vom concursus ad delictum ein künstliches, und, wie sich zeigen wird, meist verfehltes System auf [1]), dessen Nerv der objektive Gesichtspunkt des deutschen Rechts ist, dessen Ausführung aber durch mannigfach hereingenommene einseitig subjektive Momente eine gewaltsame und willkührliche Verkettung unverträglicher Principien wird. So polemisch der Verf. auch von vornherin gegen die Stübel-Feuerbachischen Ansichten, deren Nerv gleifalls der objektive Gesichtspunkt ist, sich anstellt, so läuft doch das Resultat seiner Ausführung, freilich mit einigen Modifikationen, wesentlich auf das gleiche mit jenen hinaus. Denn er unterscheidet Haupttheilnahme und Nebentheilnahme, und versteht unter der ersteren diejenige, in welcher eine Mitwirkung zur objektiven Existenz des Verbrechens enthalten ist, so daß ohne sie dasselbe nicht in der geschehenen Weise aus den Handlungen der Anderen entstanden seyn würde, mithin die physische Urheberschaft und Haupthilfe Feuerbachs,

1) Abh. II. S. 332—395.

unter der letzteren dagegen diejenige, welche zur objektiven Exiſtenz des Verbrechens nicht mitwirkt (Nebenurſache iſt), ſo daß die Handlungen der Anderen auch ohne ſie zu demſelben geführt haben würden (die bloßen Gehilfen Feuerbachs und — worin er allerdings abweicht, — die Anſtifter!) [1] Abgeſehen von dem letztgenannten Punkte, enthielte alſo die Abhandlung kaum etwas Neues. Allein dieß liegt allerdings in einem andern Punkte, nämlich in der Anſicht, die über das Weſen der Theilnahme aufgeſtellt wird. Zunächſt wurde ſchon oben angeführt, daß der Abhandlung in dieſer Beziehung ein relatives Verdienſt nicht abzuſprechen ſei, ſofern nämlich richtig gezeigt wird, daß bei dem Zuſammentreffen eines intellektuellen Urhebers mit einem ſelbſtloſen Thäter überall von keiner Theilnahme die Rede ſeyn könne [2]. Allein, was nun über die Natur der Theilnahme poſitiv vorgetragen wird, kann keineswegs durchgängig befriedigen. Zuvörderſt zwar läßt es ſich ganz ſo an, als wäre der richtige Begriff auf dem Wege, ſich zu entwickeln. Luden fühlt das Mangelhafte des einſeitig objektiven Standpunkts und ſtellt die Antinomie auf, daß einerſeits Jeder rechtlich nur für das einſtehen könne, wovon er durch dolus oder culpa Urſache geweſen ſei, andrerſeits aber bei der Theilnahme ſtets nothwendige Vorausſetzung bleibe, daß die Handlung des Einzelnen nicht allein Urſache geweſen ſei. Er löſt den Widerſpruch durch die Behauptung, daß bei der Theilnahme die Handlungen je des Andern als Handlungen des Theilnehmers ſelbſt angeſehen werden müſſen, der ſie veranlaſſe und ſich ihrer bediene [3]. Offenbar iſt dieß eine Behauptung, die rein aus der

---

[1] a. a. O. S. 391—395.

[2] a. a. O. S. 333—341.

[3] a. a. O. S. 346—341.

Betrachtung der subjektiven Seite am Verbrechen hervorgegangen ist, und womit eben die Blößen des objektiven Standpunkts bedeckt werden sollen. Ein Subjekt, das an sich (objektiv) nicht Ursache ist, soll es durch seinen Willen, nämlich dadurch werden können, daß es die freie Kausalität des Andern zu seiner eigenen, die Handlung eines Andern zum Mittel für seinen Zweck macht. Ohne Zweifel ist dieß ein sehr richtiger Gedanke. Aber, wie es scheint, so hat Luden nun hinwiederum gefühlt, daß die einfach konsequente Durchführung dieses Gedankens jenes andre, auf den objektiven Gesichtspunkt gebaute, System über den Haufen werfen müsse. Wenigstens folgt nun eine sehr künstliche Unterscheidung zwischen wechselseitiger und einseitiger, resp. wechselseitig-einseitiger Theilnahme. Theilnahme soll überhaupt nur dadurch entstehen können, daß einer den verbrecherischen Entschluß eines Andern sich aneigne, und eben dieß soll nun in den gedachten verschiedenen Weisen geschehen können (womit im Ganzen der Unterschied des Komplotts von sonstigen Fällen der Theilnahme bezeichnet werden soll)[1]). Was L. durch diese Distinktionen erreichen will, ist klar. Er fühlt, daß der vorgedachte subjektive Grundsatz ganz auf die römischrechtliche Behandlung der Sache führen würde. Diese soll aber (und selbst dort kaum) nur beim Komplott Anerkennung erhalten, während in allen andern Theilnahmeverhältnissen der objektive Unterschied von Haupt- (in concreto unentbehrlicher) und Neben- (in concreto entbehrlicher) Ursache gerettet werden soll. Eben dieß soll durch jene Distinktionen bewerkstelligt werden. — Nachdem also Luden kaum aus der Tiefe des subjektiven Gesichts-

1) a. a. O. S. 348—352.

punkts heraus geredet und dabei ſo abſtrakt geredet hat, daß ohne weitere Beſtimmungen alle Theilnahmefälle unter dem Begriff der Miturheberſchaft hätten zuſammenfließen müſſen, ſo ſpringt er nun eben ſo eifrig wieder auf das objektive Extrem über. Denn, wie angef., genügt es ihm keineswegs, den Begriff der Nebenurſache auf den bloßen Gehilfen anzuwenden, ſondern er geht noch weiter und will auch die intellektuelle Urheberſchaft als bloße Nebentheilnahme angeſehen wiſſen. Daß in dieſer ſtarken Abweichung von allem bisher Anerkannten Methode ſei, iſt nicht zu läugnen [1]. Denn, wer den objektiven Geſichtspunkt konſequent verfolgt, der wird freilich einen bloß intellektuell Wirkenden neben einem phyſiſchen Urheber, dem die That ſelbſt zuzurechnen iſt, nicht als unentbehrliche Urſache annehmen können. Eine andere Frage iſt aber, ob dieſe Anſicht mit der andern, daß durch Theilnahme der eine den Entſchluß und die Handlung eines Andern zum Seinigen mache, zuſammen beſtehen könne? Dieſe muß aber verneint, und darum auch alle aus der gezwungenen Vermittlung gezogenen Folgerungen, oder wenigſtens deren Begründung verworfen werden. Ein Andres wäre es, wenn *Luden* ſich damit begnügte, der Subjektivität eben nur ſoviel Recht einzuräumen, als ihr gebührt; allein er ſtellt, wie geſagt, das abſtrakt ſubjektive Princip des römiſchen Rechts auf, wornach folgerichtig aller Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe und alle Berückſichtigung des objektiven Kauſalzuſammenhangs aufgehoben wird. Nachdem er nun dieß gethan hat, kann er nur mit der

---

[1] Die Anſicht *Mittermaiers*, daß der Anſtifter gelinder zu ſtrafen ſei, beruhte auf andern Gründen. ſ. dagegen *Denſelben* n. 2. zu Feuerbach §. 46. vgl. **Rossi** III. S. 20—24.

höchſten Willkühr die eben gedachten Konſequenzen zu entfernen ſuchen. Dieſe Willkühr zeigt ſich denn auch in der Gezwungenheit der Ausführung. 1) Um die intellektuelle Urheberſchaft aus den Feſſeln des römiſchen Grundſatzes zu erlöſen und zur bloßen Nebentheilnahme herunter zu bringen, behauptet er, es gebe gar keine intellektuelle Urheberſchaft, ſondern nur intellektuelle Theilnahme, und alle Theilnahme entſtehe nur dadurch, daß ſich einer den verbrecheriſchen Entſchluß eines Andern dolos aneigne. 2) Um der Beihilfe denſelben Dienſt zu erweiſen, erfindet er die Diſtinktion zwiſchen wechſelſeitiger und bloß einſeitiger, resp. wechſelſeitig-einſeitiger Theilnahme. — Allein dieſe Mittel ſind untauglich. Denn, wenn es wahr iſt, daß Jemand durch die Theilnahme, d. h. dadurch, daß er ſich den Entſchluß eines Andern aneignet, daß er ſich deſſen Thätigkeit als ſeines Mittels bedient, eben dieſe Thätigkeit zu einem Theil ſeiner eigenen Handlung macht (S. 348), ſo muß dann auch ſeine Handlung ganz ſo beurtheilt werden, wie jene Thätigkeit, d. h. wenn jene Thätigkeit Haupturſache war, ſo muß auch er als Haupturſache angeſehen werden, und wenn er ſelber als Haupturſache erſcheint, ſo muß auch der Andre dieſelbe Beurtheilung erfahren. Dieß wird auch von Luden für den Fall der wechſelſeitigen Theilnahme anerkannt [1], wobei denn aber, was wohl zu bemerken, ein bloß vertragsmäßiger Gehilfe von einem Komplottanten nicht unterſchieden wird (daher denn auch Luden, wie ſchon oben ang. wurde, den Unterſchied von ſpeciellen und generellen Gehilfen läugnet, während das, was er dagegen

---

[1] Von den überaus willkührlichen Modifikationen, die Luden auch hier anbringt, wird ſpäter die Rede ſeyn.

vorbringt, allerdings beim Komplott seine Nichtigkeit hat). Dagegen glaubte er, denselben Konsequenzen bei der bloß zufälligen Theilnahme entgehen zu können, indem er sagt, hier finde der bei der Theilnahme geltende Grundsatz nicht nur auf den Theilnehmer Anwendung, nicht aber auf den Andern, welcher nicht wisse, daß jener seinen verbrecherischen Entschluß sich angeeignet habe [1]). Dieser Fall kann begreiflicher Weise überall nur bei physischer Theilnahme vorkommen, und man könnte hier dem Verf. theilweise Recht geben, sofern es allerdings konsequent wäre, so zu argumentiren, wie er thut. Allein eine andere Frage ist, ob der casus in formulis positiv deutbar sei? Und diese muß verneint werden. Denn wenn Jemand auch vorher nicht darum weiß, daß ein Anderer seinen verbrecherischen Entschluß kennt und zu unterstützen bereit ist, so muß er ja dies erfahren, sobald er eben mit seiner Handlung hervortritt und sofort die Theilnahme des Andern gleichfalls zur Existenz kommt. Sieht er nun aber, daß der Andere ihm hilft, daß er eben seinen Entschluß unterstützt, so weiß er ja nun mindestens auch um den dolus des Andern, und sein Forthandeln involvirt die Ratihabition dieses fremden dolus, d. h. er wird im Verlaufe der Handlung selbst nun nothwendig auch zum Theilnehmer von Jemand, es entsteht wechselseitige Theilnahme. Wir behaupten nun keineswegs, daß bei zufälliger Theilnahme wirklich jederzeit Mitunterherrschaft entstehe (wie unten sich näher ergeben wird), wohl aber behaupten wir, daß Luden diese Konsequenz annehmen müsse, wie sie auch von dem römischen Rechte nach seinem eigenen Geständnisse angenommen wird. Dabei ist kaum aber ferner zu bemer-

1) a. a. O. S. 382—386.

Digitized by Google

ken, daß Luden, ſelbſt die Möglichkeit des Falls und hiernach die Nothwendigkeit des von ihm aufgeſtellten Unterſchieds zwiſchen dem Theilnehmer und Nichttheilnehmer zugegeben, gleichwohl ganz inkonſequente Reſultate aufſtellt. Was er über den Nichttheilnehmer ſagt, kann hier dahingeſtellt bleiben; dagegen iſt, was er über den Theilnehmer ſagt, mit ſeinen eigenen Principien im ſchneidendſten Widerſpruch. Da nämlich dieſer durch ſeine Theilnahme die Handlung des Andern ganz zu ſeiner eigenen macht, ſo folgt nothwendig, daß er, wenn der Andere Urheber iſt, als Miturheber zu betrachten iſt, wenn aber der andere bloß Urheber eines Verſuchs, gleichfalls jedenfalls Miturheber eines Verſuchs. Dennoch will Luden hier den Theilnehmer bald als bloßen Nebentheilnehmer (Gehilfen), bald als alleinigen Urheber behandelt wiſſen, wovon eines ſo willkührlich als das andere iſt. — Noch viel verworrener wird aber Alles bei der wechſelſeitig-einſeitigen Theilnahme (womit der Fall mehrerer zufällig zuſammentreffenden doloſen Urheber bezeichnet werden ſoll) [1]. Hier ſoll wiederum die Sache ſich ganz anders verhalten, als bei wechſelſeitiger Theilnahme. Es verſteht ſich aber auch hier von ſelbſt, daß dieſe Diſtinktion widernatürlich iſt. Denn, indem nun die mehreren Perſonen handeln und zwar ſo, daß einer des andern Theilnehmer iſt, d. h. jeder den Andern unterſtützt, ſo muß ja nothwendig der Unterſtützte die Unterſtützung bemerken und genehmigen, d. h. es muß wirklich wechſelſeitige Theilnahme entſtehen; mithin iſt es wieder völlig willkührlich, wenn hier gleichwohl andre Grundſätze aufgeſtellt werden, als bei der unmittelbar wechſelſeitigen Theilnahme, — eine

---

1) a. a. O. S. 386—391.

Digitized by Google

Billigkeit, deren wiederum das römische Recht sich nicht schuldig macht. Aber man braucht sich hier nicht einmal, wie bei der einfach-einseitigen Theilnahme, auf diese subjective Rothwendigkeit zu berufen. Vielmehr widerlegt sich die Ansicht Ludens selbst aus ihren eigenen Prämissen. Denn es ist ja hier vorausgesetzt, daß Jeder die Qualität des Theilnehmers in Beziehung auf die Uebrigen an sich habe. Da nun aber hieraus folgt, daß die Handlungen dieser Uebrigen so gut zu seiner Handlung werden, so müssen nothwendig in jenem Falle, wenn auch nur Einer als Hauptursache des Erfolgs zu präbiciren ist, alle Theilnehmer als Mitursacher behandelt werden, daher wiederum die Distinktionen Ludens gänzlich unberechtigt erscheinen. — Solche Widersprüche werden stets die Folge sein, wenn der unmöglichc Versuch unternommen wird, zwei extreme Standpunkte bloß mechanisch in's Gleichgewicht, anstatt sie in eine organische Vermittlung zu bringen.

Nachdem nun die logische Inkonsequenz dieser neuen Lehre aufgewiesen ist, so bleibt noch übrig, je bei den einzelnen Punkten ihre praktische Unhaltbarkeit zu zeigen, hier also zunächst in Beziehung auf die im Text erörterte Frage [1]. — Luden läugnet, wie gesagt, den Begriff der intellectuellen Urheberschaft geradezu. Sein Grund ist, daß jeder nur durch seinen eigenen Entschluß zum Verbrecher werden und daß einer, der bloß intellectuell Theil nehme, dieß nur in der Weise thun könne, daß er sich den verbrecherischen Entschluß des physischen Urhebers aneigne, wobei es rechtlich ganz gleichgiltig sei, ob er denselben zuerst bloß bestimmt habe oder nicht, da in der intellectuellen Einwirkung ein juristisch ausreichender Bestimmungsgrund nicht gefunden werden

1) Vgl. Hoyer Abhandl. S. 33 ff.

könne [1]). Gewiß ist es nun sehr wahr, daß Niemand dadurch zum Verbrecher werden kann, daß ein Andrer einen verbrecherischen Entschluß faßt; — dieß zu behaupten, ist auch in der That noch Niemandeu eingefallen, und Luden braucht deßhalb nicht den gesunden Menschen-Verstand herbeizurufen. Allein unwahr ist es, daß man nicht in einem Andern einen verbrecherischen Entschluß erzeugen und auf diese Weise selbst zum Verbrecher werden könne. Luden meint, der intellektuell Einwirkende könne nur dann als Ursache des Verbrechens erscheinen, wenn seine Einwirkung neceſſitirend, d. h. wenn der Andre völlig selbstlos sei. Allein den Grund dieser willkührlichen Beschränkung bleibt er schuldig. Er kann ihn indessen nur darin finden, daß die menschliche Freiheit nicht schlechthin bestimmbar sei, während er dieß von den äusseren Umständen annehmen muß, da er eine physische Urheberschaft statuirt. Allein eben dieß ist der alte Irrthum, der hier wiederkehrt. Der Naturkausalismus ist ebensowenig ein schlechthin Bestimmbares, als die menschliche Subjektivität, und, wer daher die Möglichkeit einer intellektuellen Urheberschaft läugnet, der muß, wenn er nicht auf halbem Wege stehen bleiben will, auch die Möglichkeit der physischen verwerfen. Es haben daher Feuerbach, Grolman, Martin u. A., welche den Begriff der Urheberschaft auf den der objektiven Kausalität gründen, vollkommen Recht, wenn sie auch eine Kausalität durch intellektuelle Einwirkung annehmen, wenn gleich ihr Princip selbst falsch ist. Die Halbheit Ludens ist jedenfalls verwerflich. Muß aber auch eine intellektuelle Kausalität statuirt werden, so ist klar, daß eben durch diese Jemand bereits zum Ver-

1) a. a. O. S. 348. 353.

Digitized by Google

brecher wird, und daß es keineswegs des Umwegs: „Aneignung des verbrecherischen Entschlusses eines Andern" bedarf. Richtiger ist es nun aber freilich, überall nicht von objektiver Kausalität zu reden, wodurch immerhin der Schein entstehen muß, als statuire man eine necessitirende intellektuelle Einwirkung. Man muß vielmehr den Urheber als denjenigen definiren, der eine verbrecherische Handlung begeht und sich selbst als deren Zweck setzt. Thut man nun dieß, so ist einleuchtend, daß ohne alles Bedenken von intellektueller Urheberschaft die Rede seyn kann. Denn, wenn es allerdings wahr ist, daß der Angestiftete (der Mandatar) nur dadurch selbst Verbrecher werden kann, daß er selbst den verbrecherischen Entschluß faßt, so ist es darum doch nicht minder wahr, daß er ihn nur in Folge der auf ihn wirkenden Anstiftung faßt. Seine Freiheit und Verantwortlichkeit leidet dadurch nicht im Mindesten; im Gegentheil giebt es ja keine einzige menschliche Handlung, die nicht irgendwie von aussen her determinirt wäre. Hat aber der Anstifter eben mit dem Entschluß gehandelt, den andern auf diese Weise zu determiniren, so hat er, wenn es ihm gelingt, eine dolose Handlung begangen, durch welche er die freie Kausalität des Andern zu seinem Mittel, und folglich dessen Handlung zu seiner eigenen macht. Wie könnte er also nicht Miturheber seyn [1])? — Ludens Ansicht mißkennt aber nicht nur den für die Praxis so wesentlichen Begriff der intellektuellen Urheberschaft, sondern, da er Mandat, Rath und Genehmigung zusammenstellt, so wirft er auch noch dazu den wesentlichen Unterschied zwischen intellektueller Urheberschaft und Beihilfe über den Haufen. Wenn er sich dafür auf das römische Recht beruft, so

1) Oersted Grundregeln, S. 183. Rossi III. S. 28.

hat er allerdings Recht; dagegen hat er vollständig Unrecht, wenn er dieselbe Argumentation auch noch auf dem Boden des kanonischen und des deutschen Rechts für gültig ausgiebt. Denn der Unterschied ist der, daß das römische Recht allerdings die ganze Differenz zwischen unmittelbarer und mittelbarer Betheiligung ignorirt, welche die letzteren Rechte erst aufgestellt haben. Eben damit hängt es nun zusammen, daß allerdings auch das römische Recht kein Gewicht darauf legt, ob der Angestiftete schon vorher zu dem Verbrechen entschlossen gewesen sei oder nicht. Aus dem sehr einfachen Grunde, weil es weder den Begriff des Versuchs, noch den der Beihilfe kennt, auf welche Begriffe allein auf dem Standpunkte der PGO. die Anstiftung eines schon für sich selbst Entschlossenen reducirt werden kann. Den Grund giebt auch Luden Abh. I. S. 296. 297 im Wesentlichen richtig an, während Zachariä Versuch II. §. 196 dem römischen Rechte irrthümlich die Forderung des objektiven Kausalzusammenhangs unterlegt und doch zugleich den Satz zugiebt, daß es bei der in Rede stehenden Frage diese Forderung ignorire. Nur wenn Luden sich auch darauf beruft, daß der Beweis einer wirksamen intellektuellen Einwirkung gar nicht oder doch nur mit großer Schwierigkeit zu erbringen sei, so kann dies keineswegs anerkannt werden. Es ist übrigens insonderheit die l. 11. §. 6 D. de injuriis, welche bei der vorliegenden Frage zu mannigfachen Streitigkeiten Anlaß gegeben hat. Während namentlich Martin §. 80. n. 6. darin den Grundsatz des neueren Rechts finden will, auch Grolman §. 33. n. c. sich auf die Stelle zum Beweis dafür beruft, daß die Determination eines bereits Entschlossenen bloße Beihilfe involvire, so haben Andere richtig behauptet, daß das römische Recht

einen ſolchen Unterſchied zwiſchen Urheberſchaft und Beihilfe nicht mache, und eben deshalb den vermeintlichen Widerſpruch der angf. Stelle auf mancherlei Weiſe zu beſeitigen geſucht. Von dieſen Erklärungweiſen iſt nun wohl die von Luden a. a. O. S. 296. n. 1. aus den von Zachariä angef. Gründen, noch mehr aber die von Zachariä ſelbſt, als völlig unnatürlich und gezwungen vornweg zu verwerfen. Beide Schriftſteller erklären ſich gegen die Erklärungsweiſe von Wächter I. S. 149, die übrigens von ihnen mißverſtanden wird und jedenfalls vor den ihrigen den Vorzug verdienen dürfte. Gewiß nennt Hefſter mit Recht die Wächter'ſche Diſtinktion eine feine (§. 87. n. 2.). Derſelbe argumentirt nämlich ſo: Intellektuelle Einwirkung auf einen ſchon Entſchloſſenen kann nur als Verſuch gelten; nun ließen aber die römiſchen Privatdelikte keinen Verſuch zu; mithin konnte bei ihnen auch von einem Verſuche der gedachten Art nicht die Rede, ſondern nur die Inſtigation eines alias nolens ſtrafbar ſeyn. Gleichwohl hat Hefſter ohne Zweifel Recht, wenn er dieſe Erklärungsweiſe ebenfalls, freilich ohne einen Grund anzugeben, wenigſtens halb und halb verwirft. Sie muß wohl ganz verworfen werden, weil das römiſche Recht auch bei öffentlichen Verbrechen den casus in terminis keineswegs unter den Begriff des Verſuchs brachte und gar nicht bringen konnte, mithin auch bei den Privatdelikten jene Diſtinktion auf dem römiſchen Standpunkt unmöglich war. In der That ſcheint aber die Erklärung der angef. Stelle durch Matthäus, dem auch Hefſter der Sache nach beipflichtet, (daß nämlich maxime zu ſuppliren ſei) keiner gegründeten Anfechtung unterworfen zu ſeyn. Die Stelle legt nämlich, im Zuſammenhang geleſen, kein Gewicht auf das alias nolenti,

Digitized by Google

in keinem Falle ein ſolches, daß daraus ein argumentum a contrario abgeleitet werden könnte. Es werden verſchiedene Erweiterungen der Theorie in Beziehung auf die intellektuelle Urheberſchaft angeführt, beim Mandat ꝛc. Ulpian will nämlich ſeinen Satz beweiſen, daß nicht nur der phyſiſche, ſondern auch der intellektuelle Urheber der Injurienklage unterworfen ſei. Nach jenen Citaten fährt er nun fort: Atilicinus autem ait, et si..... Offenbar liegt hiernach der Nachdruck nicht auf dem alias nolenti, ſondern auf dem persuaserim. Ulpian will ſagen, nicht nur beim Mandat, beim Dingen um Lohn ꝛc. finde ſein Satz Anwendung, ſondern auch beim Rath. Da nun der Rath zum Verbrechen als wirkliche Urheberſchaft, aber auch als bloße Beihilfe, ja ſogar als eine gar nicht verbrecheriſche kulpoſe Handlung vorkommen kann, ſo mußte zum vorliegenden Zwecke der Fall ſo ſtruirt werden, daß der dolus unzweifelhaft war; und ein ſolcher Fall iſt eben dann vorhanden, wenn man einen alias nolens überredet. Weiter liegt nicht in der Stelle, die ohndieß nur ein Beiſpiel ſeyn ſoll. Sonſt aber legen die Römer keineswegs Gewicht darauf, ob die intellektuelle Einwirkung wirklich beſtimmend geweſen ſei, oder nicht. l. 11 pr. §. 3. 4. l. 15 §. 8 D. eod. l. 30. 52 D. de furt. l. 1 §. 4 D. de servo corrupto. l. 5 C. de accusat. — Die richtige Anſicht nach Kanoniſchem (u. Deutſchem) Recht iſt ſchon bei den italieniſchen Praktikern z. B. **Clarus (hinſichtlich des Raths), Menochius, angedeutet.**

§. 146.

Iſt nun aber die Anſtiftung in der Weiſe gelungen, daß der Entſchluß des phyſiſchen Urhebers als Produkt der intellektuellen Einwirkung erſcheint, ſo iſt auch die dem Entſchluſſe entſprechende Handlung des phyſiſchen

Digitized by Google

Urhebers zugleich als Handlung des intellektuellen Miturhebers anzusehen. Für ihn ist der physische Urheber und dessen Handlung reines Mittel und Werkzeug, so lang nur der Willen und die Handlung des physischen Urhebers der intellektuellen Einwirkung entsprechen. Insoweit ist mithin der intellektuelle Urheber durchgängig so zu behandeln, als ob die Handlungen, resp. Unterlassungen des physischen von ihm selbst unmittelbar ausgegangen wären. Ist mithin der Thäter gar nicht bis zum strafbaren Versuche gekommen aus Gründen, die von seinem (des Thäters) Willen nicht abhängig waren, so kann auch dem Anstifter noch kein Verbrechen zugerechnet werden. Ist aber der Thäter bis zum Versuche, resp. zur Vollendung gekommen, so ist auch dem Anstifter das versuchte, resp. das vollendete Verbrechen zuzurechnen. Hiebei ist aber wohl zu bemerken, daß der durch die Handlung ausgeführte Zweck, wenn der Anstifter überhaupt strafbar seyn soll, auch wirklich für ihn ein verbrecherischer gewesen seyn muß, sowie daß ihm überhaupt das ausgeführte Verbrechen nur insoweit zugerechnet werden kann, als es ihm zuzurechnen wäre, wenn er es selbst ohne Vermittlung eines Andern physisch begangen hätte.

Anm. — Die Frage, welche hier theilweise entschieden ist, gehört zu den bestrittensten, bei welchen es vor Allem Noth thut, ein festes Princip aufzustellen, auf das alle verschiedenen Fälle zurückgeführt werden können. Im Allgemeinen kann man zwei Hauptansichten unterscheiden: nach der einen soll der Anstifter dieselbe Strafe zu erleiden haben, wie der physische Urheber [1]); dies ist die ehmals fast allgemein angenommene, wie sie denn schon von Gandinus ausgesprochen ist (obgleich dieser theoretisch A. M. ist). Sie findet sich auch bei Wächter I. S. 149.

1) S. die bei Kleinschrod I. S. 320. n.* Angef.

Digitized by Google

Martin §. 81. Oerſted §. 26. Heffter §. 98 n. 3 u. A. Dieſe Anſicht ſtützt ſich zugleich auf das poſitive Recht, namentlich die P.G.O. Art. 107. Indeſſen ſchließt ſie eine ungleiche Strafbarkeit der Miturheber in concreto nicht aus, wie denn z. B. Wächter allgemeine und ſpecielle Miturheber unterſcheidet, oder Heffter wenigſtens ſagt: was die Strafbarkeit des einen in ſeiner Perſon erhöhe oder mindere und nicht zum Thatbeſtand des gemeinſam verübten Verbrechens an ſich gehöre, das könne auf die Uebrigen bei der Strafzumeſſung keinen Einfluß üben. Nach der andern Hauptanſicht ſollen Anſtifter und Thäter verſchiedene Strafe verdienen. Und zwar behaupten die Einen, wie ſchon Gandinus, und von den Neueren Kleinſchrod I. S. 320 und Feuerbach Reviſion II. S. 254, daß der Anſtifter als Verführer ſtets ein größeres Verbrechen begehe, während Mittermaier N. Arch. III. S. 143 ff. und (freilich aus andern Gründen) Luden II. S. 367 — 369 den Anſtifter ſtets für geringer ſtrafbar halten. Dieſen abſtrakten Behauptungen tritt wiederum die von Abegg S. 113, 115, Marezoll S. 135 u. A.[1] entgegen, welche behaupten, daß überall jeder Miturheber nur nach ſeiner konkreten Verwirkung zu beurtheilen ſei, — eine Anſicht, die übrigens, ſo allgemein ausgedrückt, nicht minder abſtrakt

---

[1] Dieſer Behauptung tritt auch Stübel Theilnahme ꝛc. S. 98 ff. bei, und zwar ſo, daß er den Grundſatz ſelbſt auf das Komplott ausdehnt. Eben damit verwahrt er ſich gegen den Vorwurf der Grauſamkeit, den man ſeiner, Beihilfe und Miturheberſchaft faſt völlig identificirenden, Theorie machen könnte. Allein der Vorwurf würde nur bei relativ beſtimmten Strafen wegfallen, nicht auch bei abſolut beſtimmten, wo er am meiſten praktiſch, und wo es eine ſchlechte Ausflucht iſt, wenn Stübel behauptet, Tod und lebenslängliches Gefängniß ſeien eigentlich gar keine Strafen.

und darum relativ unwahr ist, als die, welche sie bekämpft. —

Um nun festen Fuß zu bekommen, ist es vor Allem nöthig, zwei Fälle zu sondern, für welche die Antwort voraussichtlich verschieden ausfallen muß, 1) den Fall der gelungenen Anstiftung, d. h. derjenigen, welche wirklich determinirend geworden ist, so daß die Handlung des Thäters ganz als Handlung des Anstifters angesehen werden muß. 2) Den Fall, wenn der Thäter einen von der Anstiftung unabhängigen Willen hat und ausführt. Hier ist nur vom ersten Falle die Rede, daher hier zuvörderst alle Streitfragen über Versuch der Anstiftung, Exceß des Angestifteten, bloß scheinbare Annahme des Mandats, freiwilliges Abstehen des Mandatars vom Versuche ꝛc. ꝛc. vorläufig noch ausgesetzt werden.

So, wie die Frage nun begrenzt ist, kann wohl die oben gegebene Entscheidung keinen Zweifel leiden. Schlechthin abweichend sind nur die beiden offenbar einseitigen Ansichten von Feuerbach und Mittermaier. Allein es ist leicht zu bemerken, daß erstere auf der unbefugten Einmischung eines moralischen Moments beruht, wie sich namentlich aus der Ausführung von Kleinschrod ergiebt, während bei Feuerbach und Salchow[1]) der Anstifter dem physischen Urheber im Verhältniß der stärkeren zur schwächeren Ursache gegenübergestellt wird. Abgesehen nun davon, daß nach dem bisherigen beide Gesichtspunkte verfehlt sind, ist der letztere auch deshalb merkwürdig, weil gerade aus demselben Standpunkte (der objektiven Kausalität) die gegentheilige Ansicht die geringere Strafbarkeit des intellektuellen Urhebers zu rechtfertigen sucht[2]).

1) Darstellung der Lehre von Strafen ꝛc. I. S. 229.

2) Mittermaier a. a. O. stützt sich vornämlich auf positivrechtliche Gründe. Der allgemeine aber, den er beibringt, ist ein

Digitized by Google

Luden stützt sich nämlich ausdrücklich darauf, daß in einem Falle der fraglichen Art der alleinige Grund der objektiven Existenz des Verbrechens nur in der Handlung des physischen Urhebers liege, nicht einmal eine Mitwirkung könne dem Anstifter zugeschrieben werden. Allein es wurde im vorigen die Unrichtigkeit des Grundes, den L. hiefür angiebt (daß überall eine wirksame intellektuelle Einwirkung nicht behauptet werden könne), hinlänglich nachgewiesen, und es mag hier nur noch darauf aufmerksam gemacht werden, wie schief es mit der Deduktion steht, wenn er selbst zugiebt, daß man in einem solchen Falle sagen könne, ohne die intellektuelle Einwirkung wäre die Handlung des Thäters und folglich das Verbrechen gar nicht entstanden. Wenn er nämlich hinzufügt: „es würde eben alsdann nur gesagt, daß ohne die intellektuelle Einwirkung der alleinige Grund nicht vorhanden gewesen wäre," so ist dies nichts sagend. Denn, wenn die intellektuelle Einwirkung der Grund dessen ist, was den Grund der objektiven Existenz des Verbrechens ausmacht, so ist sie ebendamit auch als der Grund der letzteren gesetzt, — wie dies auch Feuerbach und seine Meinungsgenossen mit Recht unbedenklich angenommen haben. — Abgesehen von diesen beiden extremen Meinungen nun bleiben noch die beiden Ansichten übrig, a) daß der Anstifter dem Thäter gleich zu bestrafen, b) daß die Verschuldung eines Jeden für sich und aus sich zu beurtheilen sei. Von diesen Ansichten enthält jede ein wahres Moment; so aber, wie sie ausgedrückt sind, haben sie den Fehler, zu eng und zu weit zu seyn. Die erste hebt den Unterschied zwischen

---

die Subjektivität betreffender, nämlich daß die Anstiftung einen minder bösen Willen involvire, als die Thäterschaft. S. 147.

Digitized by Google

genereller und ſpecieller Theilnahme auf, die letztere verliert ſich in's Vage und verkennt das weſentlichſte Moment bei der Miturheberſchaft, daß, wie Heffter ganz richtig angiebt, der Thatbeſtand des bei den Urhebern gemeinſamen Verbrechens ihnen jedenfalls beiden auf die gleiche Weiſe aufgerechnet werden muß. Würde Abegg[1]) die wahre Anſtiftung von der bloß ſcheinbaren gehörig unterſchieden haben, ſo würde er ohne Zweifel ſeine Anſicht beſtimmter gefaßt haben, wozu in der Abh. im N. Arch. S. 396—398 die Elemente treffend angegeben ſind.

Belehrend für die vorliegende Frage ſind die über den Art. 74 des Wirtemb. Strafgb. gemachten Erfahrungen. Dieſer Artikel ſcheint beim erſten Anblick zu ſagen, daß der Anſtifter ebenſo wie der Thäter zu beſtrafen ſei, — mithin daſſelbe Princip aufzuſtellen, welches der Art. 87 über die Beihilfe ausſpricht (daß nämlich zwiſchen genereller und ſpecieller Theilnahme kein Unterſchied zu ſtatuiren ſey). Nun iſt im letztern Art. von dem gedachten Principe eine Ausnahme gemacht hinſichtlich der Beihilfe zu reinen Dienſtvergehen, welche von Seiten eines nicht Bedienſteten geleiſtet wird. Begreiflicher Weiſe mußte nun ſehr bald die Frage entſtehen, wie die Anſtiftung zu einem reinen Dienſtvergehen von Seiten eines nicht im Dienſte Befindlichen zu beurtheilen ſei? Nach Art. 74 ſchien hier der Anſtifter als Miturheber, und mit dem Thäter gleich beſtraft werden zu müſſen, während derſelbe, wenn er bloßer Gehilfe geweſen wäre, ſtraflos gelaſſen werden müßte. Dieſem Widerſpruche ſuchten nun die Gerichte auf mancherlei Weiſe zu entgehen. Während aber einige

---

1) S. auch N. Arch. 1841. S. 879 ff.

davon aus anderweitigen Gründen mit vielem Scharfsinn die Nothwendigkeit der gleichen Behandlung des Anstifters und des Gehilfen im fraglichen Falle zu rechtfertigen suchten, so scheint der Gerichtshof zu Ellwangen die Sache am richtigsten getroffen und am gründlichsten erörtert zu haben [1]), wenn er sagt: daß der oben gedachte Sinn des Art. 74 gar nicht der richtige sei, noch seyn könne, vielmehr derselbe nur sagen wollte: der Anstifter sei immer ebenso zu bestrafen, als ob er selbst der Thäter gewesen wäre. „Dieser Auslegung steht nicht entgegen, daß man im gewöhnlichen Leben von Anstiftung z. B. zu einem Vatermorde spricht, wenn der Anstifter auch nicht der Sohn des Vaters des Thäters ist, weil eben dieses Verhältniß des Thäters zu dem Getödteten immerhin auch für den Anstifter ein Straferhöhungsgrund ist [2]). Ebensowenig steht ihr entgegen, daß auch den Anstifter nur die Versuchsstrafe trifft, wenn der Thäter nicht weiter als zum Versuche fortschritt, weil der Anstifter ja nur die Strafe erhalten soll, die er verwirkt haben würde, wenn er das Verbrechen, das nun eben nur ein Versuch ist, verübt hätte. Dagegen spricht für die erwähnte Auslegung, daß wohl Niemand den, welcher seinen Vater durch einen gedungenen Banditen ermorden läßt, nur des einfachen Mordes schuldig

1) Hufnagel Komment. III. S. 82—85. vgl. ebend. S. 80—82 II. S. 510 unten. 520. 741—744.

2) Auch Kitka S. 24 Anm. Im Texte dagegen spricht sich der Verf. im Sinne des Wirt. Obs. aus, wird jedoch völlig inkonsequent, indem er denselben Grund nicht auch umgekehrt auf den Angestifteten wirken lassen will. S. 21—34. Unbegreiflich ist das vom Inceste entlehnte Argument, da ja dieser keineswegs bloß ein wegen persönlicher Verhältnisse qualificirtes Stuprum ist. Die richtige Ansicht s. bei Stübel Theilnahme, S. 86 ff. Mittermaier N. Arch. III. S. 134.

Digitized by

erachten wird." Der Gerichtshof ſagt hier ganz daſſelbe, was im §en behauptet und noch genauer begründet wird. Was dort über die Fälle geſagt iſt, wenn vom Thäter infolge der intellektuellen Einwirkung das Verbrechen verſucht oder vollendet wurde, nimmt auch das Wirt. Obertribunal an, während daſſelbe über den Fall, wenn der Thäter noch nicht die Grenze des ſtrafbaren Verſuchs beſchritten hat, ſeine Anſicht vorläufig ſuspendirt [1]).

Was die Quellen des gemeinen deutſcheu Rechts betrifft, ſo iſt wohl vom römiſchen Rechte allgemein anerkannt, daß es den intellektuellen Urheber bei wirklich ausgeführtem Verbrechen dem Thäter gleich behandelt habe, und der Streit betrifft nur die Frage, ob der erſtere auch dann ſtrafbar geweſen ſei, wenn der Inſtigirte überall nicht handelnd aufgetreten ſei. Abgeſehen nun von den Privatdelikten, bei denen die Frage überall nicht entſtehen konnte, iſt es der geſammten römiſchen Rechtsanſchauung in der Schuldlehre ganz unangemeſſen, die Kategorieen und Diſtinktionen des modernen Rechtsbewußtſeins in ihm ſuchen zu wollen. Insbeſondere kann die Frage, wie ſie hier geſtellt iſt, für das römiſche Recht ſchon deshalb keinen Sinn haben, weil ſie den Unterſchied von wirklich erfolgreicher und nicht erfolgreicher Anſtiftung vorausſetzt, der jenem Rechte indifferent war. Lezteres iſt zwar von Zachariä geläugnet, aber im Widerſpruch mit ſeinem eigenen Anerkenntniß, daß das römiſche Recht kein Gewicht darauf gelegt habe, ob der Thäter infolge der Anſtiftung, oder infolge eines

1) Hufnagel a. a. O. III. S. 512. 513. Die Frageſtellung des Juſtiz-Miniſt. ſcheint hier nicht richtig, da der Fall II. 1 zu I. gehört.

Digitized by Google

unabhängig hievon gefaßten Entſchluſſes handelt (ſ. o.). Berückſichtigte aber hiernach das römiſche Recht den vorgedachten Unterſchied nicht, ſo kann nicht gefragt werden, wie es insbeſondre die erfolgreiche Anſtiftung im Falle, wo der Thäter noch nicht zum Handeln kam, behandelt habe? Vielmehr muß der Geſichtspunkt viel allgemeiner genommen werden, worüber unten. Daß dagegen jener Unterſchied dem deutſchen Rechte entſpreche, das ergiebt ſich aus dem ganzen Geiſte dieſes Rechts, wie er ſich beſonders in der Lehre von Verſuch und Vollendung ausſpricht, und wornach als voller Urheber nur derjenige erſcheint, auf deſſen Willen die geſammte verbrecheriſche Erſcheinung als auf ihr beſtimmendes Princip zurückgeführt werden kann. Hieraus ergab ſich denn ſchon oben, daß der Anſtifter, der ſich an einen bereits Entſchloſſenen wendet, eines bloßen Verſuchs ſchuldig ſeyn könne; hieraus folgt aber auch, daß der Anſtifter, deſſen intellektuelle Einwirkung wirklich beſtimmend iſt, eben in ſoweit als Miturheber alles deſſen, was daraus hervorgeht, angeſehen werden muß. Faſt allgemein iſt denn auch angenommen, daß dies die P. G. O. Art. 107 als Princip anerkenne [1]), und der Widerſpruch, den hiegegen Luden Abh. II. S. 343—346 erhebt, iſt nicht geeignet, gegründete Zweifel hervorzurufen. Nach ſeiner Anſicht ſoll nämlich nicht derjenige, welcher den Meineid ſchwört, der phyſiſche Urheber ſeyn, ſondern beide, der Falſchſchwörer und ſein Anſtifter, ſollen intellektuelle Urheber ſeyn, die mittelſt des Gerichts, als ſelbſtloſen phyſiſchen Urhebers, wirken. Wollte man nun aber auch dieſe abenteuerliche Wendung gelten laſſen, ſo müßte man doch ſogleich ein-

1) Wächter I. S. 149. Heffter §. 98. n. 3. Abegg S. 115. n. 47.

wenden, daß immerhin nur der Falschschwörer selbst als alleiniger Urheber gelten könne, s. ebend. S. 333 bis 341, der Anstifter aber nach S. 368 nur als intellektueller Theilnehmer gelten dürfe, „aber nicht einmal als mitwirkende Ursache zur objektiven Existenz des Verbrechens angesehen werden könne." Zwar scheint nun der Verf. seine Inkonsequenz zu fühlen und sucht derselben S. 379 dadurch zu entgehen, daß er auf den Falschschwörer und seinen Anstifter die Grundsätze vom Komplotte anwendet. Dabei hat er aber wohl übersehen, daß er S. 374 selbst beim Komplott den bloß intellektuellen Theilnehmer für minder strafbar erklärt. Allein, auch abgesehen hievon, wird wohl der letztere Ausweg Niemand befriedigen, um so weniger, als Luden selbst S. 380 in der Anm. demselben mißtraut und andeutet, die Handlung des Anstifters könnte auch nur als Versuch aufgefaßt seyn, den aber die P. G. O. wegen seiner besondern Bosheit der Vollendung durch den wirklichen Urheber gleichgestellt habe! —

§. 147.

Dagegen ist der Anstifter anders zu beurtheilen, wenn der physische Urheber nicht von ihm determinirt worden war. Dies ist aber auf verschiedene Weise möglich: 1) Die Anstiftung kann überall ohne Erfolg geblieben seyn; und zwar indem entweder a) derjenige, auf welchen intellektuell eingewirkt werden sollte, sich dadurch nicht bestimmen ließ und folglich die bezweckte Handlung ganz unterblieb, oder b) diese Handlung zwar ausgeführt wurde, aber nicht infolge der Anstiftung, sondern als Produkt eines von dieser unabhängig entstandenen Entschlusses. Letzteres kann wiederum in verschiedener Weise vorkommen, nämlich theils so, daß der Anstifter seine Einwirkung bei einem für sich schon Entschlossenen anbrachte,

Digitized by Google

theils so, daß die intellektuelle Theilnahme selbst sich als bloßes Nichtverhindern eines schon selbst Entschlossenen äussert. In allen diesen Fällen ist dem intellektuellen Miturheber ein bloßer Versuch des Verbrechens zuzurechnen, und zwar ein beendigter Versuch mit untauglichem Mittel, resp. ein nicht beendigter. 2) Die Anstiftung kann wirksam geworden seyn, aber hinterher ihre Wirksamkeit wieder verloren haben, indem der Angestiftete sofort seinen Sinn wieder änderte und die Handlung unterließ, oder zwar versuchte, aber vom Versuche freiwillig wieder abstand; hier liegt wiederum ein beendigter Versuch mit untauglichem Mittel vor. — 3) Beides kann auch zusammentreffen, d. h. die Anstiftung kann wirksam geworden seyn, aber der Angestiftete relativ unabhängig vom Anstifter gehandelt haben. Und zwar kann derselbe a) ein ganz andres Verbrechen verübt, b) ein weiteres Verbrechen dazu begangen, c) nur in Beziehung auf die Modalitäten des Auftrags diesen überschritten haben. Hier müssen die Grundsätze über dolus und culpa zur Anwendung kommen, d. h. dasjenige, was der physische Urheber ohne Auftrag gethan hat, ist dem Anstifter entweder nicht zuzurechnen, wenn er es als Folge seiner Einwirkung nicht voraussehen konnte (so wohl in der Regel, wenn der Thäter ein ganz andres Verbrechen begieng), oder es ist ihm zur Absicht oder zum Versehen zuzurechnen, wenn er es als Folge seiner Einwirkung voraussehen konnte oder mußte.

Anm. — Selten werden diese verschiedenen Fälle gehörig unterschieden. Auch solche, die, wie Kitka und Hufnagel [1]) in's Einzelne eingehen, machen doch gerade den Haupt-Unterschied, auf den hier Alles ankommt, nicht: ob die intellektuelle Einwirkung in der

1) Dasselbe gilt von Rossi III. S. 28 ff. vgl. Mittermaier n. 3. 4. 7. 8. zu Feuerbach §. 46.

Digitized by

That bestimmend gewesen ist, oder nicht. Den ersteren Fall behandelt der vorige §. Mit dem dort Gesagten stimmt denn auch Hufnagel III. S. 87—90 überein; allein theilweise aus bloß formellen oder auch unrichtigen Gründen. Kitka a. a. O. S. 43 und er stellen nämlich Fälle des vorigen §en mit solchen des vorliegenden zusammen, was unzuläßig ist und die Sache nothwendig verwirren muß. Sie behandeln namentlich den Fall, wenn die Anstiftung wirksam geworden, aber der Angestiftete noch vor begangenem strafbaren Versuche durch äussere Umstände unterbrochen worden war, mit den Fällen gleich, wenn der erkorene physische Thäter sich in der That gar nicht bestimmen ließ, oder sich zwar bestimmen ließ, aber freiwillig wieder zurücktrat. Sie unterscheiden also, wie auch der Gerichtshof bei Hufnagel III. S. 641—644 zwischen wirksamer und unwirksamer Anstiftung in dem Sinn, daß sie erstere nur annehmen, wenn der wirksam Angestiftete auch wirklich bereits zum strafbaren Versuche gekommen ist, unwirksame dagegen überall, wo noch von Seiten des physischen Urhebers kein als Folge der Anstiftung zu betrachtender strafbarer Versuch vorliegt. Allein es ist leicht einzusehen, daß diese Unterscheidung von wirksamer und unwirksamer Anstiftung sehr willkührlich ist. Wenn sich namentlich Kitka darauf beruft, daß man ausserdem keinen festen Anhaltspunkt für die kriminelle Strafbarkeit des intellektuellen Urhebers habe, so wird diese Bemerkung durch die gegenwärtige Ausführung widerlegt werden. Eine wirksame Anstiftung kann doch offenbar nur diejenige heissen, welche in dem Anzustiftenden den Entschluß zu der vom Anstifter bezweckten That wirklich hervorgerufen, hiemit diesen zum Mittel für jenen Zweck wirklich gemacht hat. Eine unwirk-

Digitized by Google

same dagegen eine solche, welche diesen Effekt nicht gehabt oder zwar gehabt, aber noch vor der Verübung des Verbrechens wieder verloren hat. Unmöglich können diese beiden Fälle dieselbe Beurtheilung verdienen. Denn nur im erstern ist das Faktum (das Geschehen oder Unterbleiben der verbrecherischen Handlung) auf den Willen des Anstifters als das bestimmende Princip zurückzuführen. Eben daraus rechtfertigt sich die im vorigen §en gegebene Entscheidung, insbesondre auch die Strafloſigkeit des Anstifters, wenn der wirksam Angestiftete durch äussere Umstände verhindert wurde, die Grenze des strafbaren Versuchs zu beschreiten [1]). Ganz anders verhält sich aber die Sache im zweiten Fall. Hier ist das Unterbleiben nicht dem Anstifter zuzurechnen, sondern es ist das Produkt des fremden Willens und kann deshalb dem Anstifter nicht zu Statten kommen. Dies folgt aus demselben Princip, nach welchem man dem Anstifter auch dann bloßen Versuch (oder wie Andre wollen, bloß Beihilfe) zurechnet, wenn die That zwar wirklich verübt worden ist, aber in Folge eines von der intellektuellen Einwirkung unabhängigen Entschlusses. Es ist in der That unbegreiflich, wie man Lezteres zugeben, und doch zugleich Ersteres läugnen kann. Denn, rechnet man dem Anstifter im zweiten Fall einen strafbaren Versuch (oder dieselbe Strafbarkeit wegen Beihilfe) an, obgleich das Faktum nicht als sein Produkt angesehen wird, so muß ja seine Strafbarkeit eben nur darin gefunden werden, daß er dieses Faktum wenigstens hervorbringen wollte und zu diesem Behufe thätig (nämlich intellektuell thätig) geworden war. Ganz das Gleiche liegt aber vor, wenn der fremde Wille in

1) S. hierüber Rossi III. S. 31. 32.

die Absicht des Anstifters gar nicht oder nur scheinbar eingieng, oder zwar eingieng, aber wieder vor der Zeit abgieng. Der Anstifter seinerseits hat sich hier gerade eben so schuldig gemacht, wie dort. Das Unterbleiben der That ist ihm hier gerade ebensowenig zuzurechnen, als dort ihr Geschehen. Gleichwohl soll er hier straflos ausgehen, während er dort gestraft werden soll! Liegt darin nun irgend Konsequenz? — Man läßt sich hier von dem rohen sinnlichen Eindrucke des äusseren Schadens leiten [1]), und vergißt, daß man, wenn man in dem einen Falle den intellektuellen Urheber straflos läßt, so ungerecht als möglich ihn im anderen Falle einer Strafe unterwirft. Den Wirtembergischen Gerichten und Hufnagel zwar steht einigermaßen rechtfertigend der Art. 63 des Gesetzbuchs zur Seite, sofern derselbe die entfernten Versuchshandlungen, d. h. alle, die noch keinen Anfang der Ausführung enthalten, der Regel nach für straflos erklärt (wogegen allerdings die doktrinelle Behauptung der Motive, daß in jeder Anstiftung eo ipso ein beendigter Versuch liege, keine Bedeutung haben kann, da sie dem Art. 63 geradezu widerspricht [2]). Denn offenbar muß hiernach die Anstiftung als solche überall unter die bloßen Vorbereitungshandlungen gerechnet und hiemit aus formellen Gründen der Unterschied zwischen wirksamer und unwirksamer Anstiftung so bestimmt werden, wie ihn die wirtembergischen Gerichte bestimmen. Allein selbst auf diesem formellen Standpunkt hat man dann jedenfalls Unrecht, wenn man einen Anstifter bestraft, der einen schon Entschlossenen zu determiniren suchte, aber nicht wirklich determinirte; denn die verübte

1) So auch Rossi a. a. O. Hellie II. S. 51.

2) Aehnlicher Weise steht Kitka das Oestr. Strafgb. über Gefällte Uebertretungen. §. 18 zur Seite.

Digitized by Google

Handlung ist hier lediglich dem physischen Urheber zuzurechnen, und die Anstiftung als eine unwirksame, d. h. als eine straflose Vorbereitungshandlung zu betrachten. Abgesehen aber von diesem formellen Standpunkte muß ohnedies die Entscheidung ganz anders ausfallen (namentlich auch, wenigstens nach Jenulls Ansicht über Th. I. §. 7, nach östreichischem Rechte). Denn nach allgemeinen Grundsätzen rechtfertigt sich eben der Art. 63 des Wirt. Gbs. keineswegs. Wenn vielmehr ein strafbarer Versuch überall anzunehmen ist, sobald die bestimmte Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, sich thätig manifestirt hat, so muß nothwendig auch die Anstiftung unter den Begriff des Versuchs gestellt werden; denn intellektuelle Thätigkeit ist ebensowohl Thätigkeit, als physische, wie denn ja auch Niemand daran ein Arg hat, die intellektuelle Beihilfe der physischen gleichzusetzen. Anstiftung ist also nichts Anderes, als ein Versuch des Verbrechens mittelst intellektueller Thätigkeit und deshalb Verbrechen [1]).

Beiläufig wird hier also auch die Meinung derjenigen verworfen, welche von einer versuchten und vollendeten Anstiftung sprechen [2]), wogegen Zachariä, der selbst früher dieser Ansicht war, Lehre vom Versuch II. §. 165. Nr. 2. zu vergleichen ist. Dieser sagt ganz richtig, die Strafbarkeit der Anstiftung sei nur insofern selbständig zu beurtheilen, als sie von der Strafbarkeit

1) Rossi erklärt sie wenigstens für ein ausnahmsweise strafbares delictum sui generis.

2) Mittermaier N. Arch. I. S. 177. 178. Zachariä Versuch I. §. 35. Rossi a. a. O. ist damit nicht zu verwechseln, da er zwar die provocation als del. sui gen. behandelt wissen will, aber nur ausnahmsweise, d. h. so, daß sie, ehe sie wirksam geworden, gleich dem Komplott polizeilich zu bestrafen sei.

Digitized by Google

des Verſuchs des Thäters unabhängig ſei. Auch giebt er den Unterſchied zwiſchen gelungener und nicht gelungener Anſtiftung an und für ſich richtig an. Dagegen kann es weiterhin auf keine Weiſe gebilligt werden, wenn er die wirkſam gewordene Anſtiftung ſtets als einen beendigten Verſuch behandelt wiſſen will, gleichviel, ob der phyſiſche Urheber mehr oder minder thätig geworden oder ob das Verbrechen, ſei es nun durch zufällige Hinderniſſe oder in Folge einer Willensänderung des Thäters, ganz unterblieben ſei [1]). Denn in dem letztgedachten Falle iſt ja eben die Wirkſamkeit der Anſtiftung wieder aufgehoben worden; wie kann alſo auf ihn der von Zachariä für jene Behauptung angeführte Grund paſſen: daß der Angeſtiftete einem willenloſen Werkzeuge zu vergleichen ſei? Offenbar muß alſo der gedachte Fall rechtlich unter die nicht gelungene Anſtiftung ſubſumirt, mithin nach Zachariä's Kategorieen als nicht beendigter Verſuch (oder wie er ſelbſt richtig andeutet, als Verſuch mit untauglichem Mittel) behandelt werden. Was aber die Fälle der wirkſam gewordenen und wirkſam gebliebenen Anſtiftung betrifft, ſo iſt es unrichtig, wenn Z. hier allezeit einen beendigten Verſuch des Verbrechens annimmt, der übrigens — nach §. 184 — an und für ſich geringer ſtrafbar ſeyn ſoll, als ein beendigter Verſuch des Thäters, und weiterhin in Strafbarkeit wachſen ſoll, je weiter der phyſiſche Urheber in der wirklichen Vollziehung der Handlung komme. Offenbar hat Z. hier das von ihm ſelbſt aufgeſtellte Princip, daß der Angeſtiftete zu dem Anſtifter ſich als bloßes Werkzeug verhalte, gar nicht gehörig erwogen, da er ſonſt dieſelben Grundſätze hätte aufſtellen müſſen, welche der vorige §.

1) S. dagegen Rossi a. a. O.

Digitized by Google

enthält [1]). Allerdings muß aber Z. mit seiner im Wesentlichen richtigen Ansicht über die Behandlung der Anstiftung dadurch in's Gedränge kommen, daß er, wie das Wirtemb. Strafgb., keinen entfernten Versuch und überdies keinen Versuch mit untauglichen Mitteln statuiren will. Wollte er sich in dieser Richtung konsequent bleiben, so mußte er seine großentheils richtige Ansicht aufgeben und vielmehr so argumentiren, wie oben von Kitka, Hufnagel und den Wirtemb. Gerichten bemerkt wurde. Denn die willkührliche Behauptung, daß die Anstiftung, sogar die nicht gelungene, über den Kreis der Vorbereitungshandlungen hinaus falle und bereits den Anfang der Ausführung enthalte, kann den großen Widerspruch mit den sonstigen Behauptungen Z's. über die Grade und den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs keineswegs verdecken. Seine Ansicht bildet den unmöglichen Versuch, die vorgedachten Voraussetzungen der Wirt. Gerichte mit der richtigen Ansicht zu vereinigen. Vielleicht nimmt man aber daran Anstoß, daß hier die wirksame Anstiftung für straflos ausgegeben wird für den Fall, daß der Angestiftete durch äußere Gründe verhindert wird, etwas zu unternehmen, während andrerseits ein strafbarer Versuch darin liegen soll, wenn der Anstifter entweder von vornherein seinen Zweck nicht erreicht [2]), oder ihm derselbe durch eine Sinnesänderung

1) Andrerseits sind diese von Mittermaier a. a. O. und Luden Abh. I. S. 448 richtig angewendet, aber es ist gleichfalls darin gefehlt, daß der Fall, wo beide als Miturheber zu betrachten sind, von den Fällen des vorliegenden §en nicht unterschieden sind. Ueberdies hat Luden seine frühere theilweise richtige Ansicht später wieder zurückgenommen. Abh. II. S. 394. n. 1.

2) Der Bad. Entw. Art. 108 macht die Strafbarkeit des Anstifters davon abhängig, daß der Thäter den Auftrag annahm. S. auch Rossi a. a. O.

Digitized by Google

des Angeſtifteten wieder vereitelt wird. Betrachtet man die Sache von ihrer ſinnlichen Seite, ſo könnte man ſagen: in beiden Fällen liege doch wirklich noch kein äußerer Schaden vor, und andrerſeits ſei in beiden Fällen die gleiche (widerrechtliche) intellektuelle Thätigkeit ausgeübt worden; mithin müſſe man gerechter Weiſe entweder in beiden Fällen ſtrafen oder in beiden nicht ſtrafen [1]). Indeſſen kann ſchon auf dieſem Standpunkte auf den Fall aufmerkſam gemacht werden, wenn der Angeſtiftete in Folge der Anſtiftung bereits einen ſtrafbaren Verſuch begangen hat, aber nun freiwillig abgeſtanden iſt. Hier wird man ohne Zweifel dieſen Verſuch, welcher dem Thäter offenbar nicht zugerechnet werden kann, dem Anſtifter zurechnen [2]); man wird mithin zugeben, daß nicht in allen Fällen die mißlungene Anſtiftung ſtraflos bleiben dürfe. Man wird dies namentlich auch in dem bereits angeführten Fall nicht behaupten, wenn zwar das Verbrechen begangen worden iſt, aber gar nicht in Folge der Anſtiftung; wenigſtens macht man hier allgemein den Anſtifter, obgleich die Anſtiftung nicht wirkſam war, für Verſuch oder Beihilfe verantwortlich. Man wird ſich alſo endlich dahin neigen, die mißlungene Anſtiftung überhaupt für einen ſtrafbaren Verſuch zu halten (wie dies eben von Zachariä gezeigt wurde). [3]) Indeſſen nun eben wird man es für ungerecht halten, wenn in dem Falle der wirkſamen Anſtiftung dieſe bei zufällig vereiteltem Verſuche für ſtraflos ausgegeben wird. Allein der Widerſpruch iſt

1) Der letztern Meinung folgt (ſeinem Geiſte widerſprechend) das franzöſiſche Recht. Hellie II, S. 117.

2) AM. iſt das franz. Recht. Hellie II. S. 51. vgl. Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 46.

3) Vgl. Mittermaier n. 9 zu Feuerbach §. 46.

Digitized by Google

nur ſcheinbar, und löst ſich, ſobald man bedenkt, daß die an und für ſich allerdings als ein Verſuch des Verbrechens mittelſt intellektueller Thätigkeit zu prädicirende Anſtiftung in den Fällen des vorigen §en alsbald von dem Begriff der Miturheberſchaft abſorbirt wird, während die nicht wirkſame Anſtiftung eben deshalb, weil der erkorene Thäter nicht Miturheber werden will, die Natur des Verſuchs beibehält. Wollte man eine beſonders bei Zachariä beliebte Aushilfe gebrauchen, ſo könnte man ſagen: moraliſch ſei zwar die Anſtiftung als Verſuch des Verbrechens ſtets in gleicher Weiſe zu verdammen, aber bekanntlich ſpiele ja der Zufall auch ſonſt im Strafrechte eine große Rolle u. ſ. f. Allein man bedarf einer ſolchen Aushilfe in der That nicht. Der Verſuch, der in der Anſtiftung liegt, hat zunächſt zum Zweck, die Bewirkung der verbrecheriſchen Handlung durch eine andre Subjektivität zu veranlaſſen. Offenbar iſt nun die gelungene Anſtiftung nicht mehr ein ſolcher Verſuch, alſo jedenfalls anders zu behandeln. Wenn es aber ferner auf der einen Seite den Schein hat, als müßte die weiterfortgeſchrittene Thätigkeit des Anſtifters im letzteren Falle ſogar eine ſtrengere Beſtrafung verdienen, ſo iſt doch auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß eben durch das Gelingen der intellektuellen Einwirkung der Anſtifter in eine völlig neue Lage kommt, daß ſeine Thätigkeit nun ganz in den Begriff der Miturheberſchaft ſich auflöst. Er hat ſein Ziel erreicht, welches darin beſtand, eine fremde Subjektivität als Mittel zu ſeinem Zwecke zu gewinnen. Dieſer Verſuch als ſolcher war ſtrafbar, weil darin bereits eine Thätigkeit für das Verbrechen lag. Nachdem aber nun das Mittel gewonnen iſt, ſo iſt wohl zu bedenken, daß das Mittel in dieſem Falle eine freie Subjektivität iſt, die keineswegs in der-

Digitized by Google

ſelben Abhängigkeit vom Willen des Anſtifters ſteht, wie z. B. ein äußeres Mittel (Gift, Waffen ꝛc.) von dem Willen eines phyſiſchen Urhebers. Im Gegentheil begiebt ſich der Anſtifter eben durch das Gelingen der Anſtiftung in Abhängigkeit vom Willen des Anſtifters, er überantwortet ſich ſeiner Diskretion, macht deſſen Handlungen oder Unterlaſſungen zu den ſeinigen. Forthin iſt alſo der Anſtifter ſo zu betrachten, als ob er Eine Perſon mit dem Angeſtifteten wäre. Er kann deßhalb nicht ſtrafbar ſeyn, wo der lediglich ihn repräſentirende Angeſtiftete ſtraffrei ausgeht. Vielmehr eben, indem das Ich des Anſtifters mit der gelungenen Anſtiftung in das des Angeſtifteten ſich aufhebt, iſt die vorhergehende Thätigkeit des Anſtifters ebenſo zu betrachten, als wäre ſie im Ich des Angeſtifteten vorgegangen, mithin als nuda cogitatio, cujus poenam nemo patitur. Auch liegt in der That in dem behaupteten Satze keinerlei Privilegium für die gelungene Anſtiftung. Denn eben, weil er nun ganz vom Angeſtifteten abhängig iſt, ſteht es in deſſen Macht, dem Anſtifter jeden Augenblick die volle Strafe des vollendeten Verbrechens zuzuziehen, wenn nicht etwa der Anſtifter alsbald wieder die Anſtiftung vollſtändig zurücknimmt. Da nun in pejus der Anſtifter unter der gedachten Abhängigkeit leiden muß, ſo iſt es nicht mehr, als recht und billig, daß er auch in mitius dadurch den Vortheil habe, ſtraflos auszugehen, wenn ein äußerer Zufall die ganze Unternehmung von vorn herein vereitelt.

Was nun die einzelnen oben unterſchiedenen Fälle betrifft, ſo iſt noch näher zu bemerken: zu 1. a. [1]) Dieſelbe Anſicht hat, wie geſagt, auch Zachariä II. §. 165,

1) Gute Bemerkungen und Unterſcheidungen hinſichtlich der verſchiedenen Arten der Anſtiftung ſ. bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 439—445.

Digitized by Google

indem er die mißlungene Anstiftung unter die Rubrik des nicht beendigten Versuchs, resp. des beendigten Versuchs mit untauglichem Mittel stellt. Nur kann, wie gleichfalls schon bemerkt wurde, die Vereinbarkeit dieser Ansicht mit Z's Theorie über Anfang und Grade des Versuchs nicht zugegeben werden, und ist sowohl gegen ihn, als gegen Luden Abh. I. S. 444—446 der Vorwurf der Inkonsequenz mit allem Grunde zu erheben. Beide behaupten, die Anschaffung des physischen Thäters sei zwar nach einer Seite bloße Anschaffung eines Mittels; wenn aber die Anschaffung gelungen sei, so liege in der Anschaffung auch von selbst schon die Anwendung des Mittels. Zachariä will aber sogar in der nicht gelungenen Anschaffung mehr, als bloße Anschaffung des Mittels, nämlich eine Anwendung und Ausführung, wie bei dem, der schon das Gift unter die Speisen zu mischen begonnen hat, erblicken! — Nicht minder sonderbar sind die Behauptungen beider Schriftsteller über das römische Recht. Luden zwar ist in soweit konsequent, als er dem römischen Recht überhaupt (fälschlicher Weise) den Grundsatz unterlegt, daß bloß die nächsten Versuchshandlungen strafbar seien; hiemit stimmt es denn nun wenigstens überein, wenn er die gelungene Anstiftung (freilich auch willkührlich genug) für eine solche nächste Versuchshandlung erklärt, und folgeweise von der noch nicht gelungenen behauptet, sie könne als bloße Vorbereitungshandlung nicht strafbar gewesen seyn. a. a. O. S. 293—298. 443. Gleichwohl ist seine Beweisführung dabei ganz verkehrt, wenn er sagt: der Grund der Strafbarkeit der intellektuellen Theilnahme liege lediglich in dem dolus, daß das Verbrechen begangen werde, der dolus sei aber noch nicht der bloße Gedanke oder Wunsch des Verbrechers, sondern könne juristisch erst dann angenommen

Digitized by Google

werden, wenn Mittel angewendet werden, um den Gedanken zu verwirklichen. Hiemit nämlich hat er zwar allerdings vollkommen Recht; aber offenbar beweist es seinen Satz nicht; denn nun wäre weiter zu schließen: die intellektuelle Einwirkung ist bereits nicht mehr bloßer Gedanke und Wunsch, sondern ein Mittel, den Gedanken zu realisiren, also ꝛc. ꝛc. Statt dessen folgt die unbegreifliche Wendung: Das Mittel, dessen der intellektuelle Urheber sich bediene, sei der physische, und solange dieser sich noch nicht bereit gezeigt habe, sei er noch gar kein Mittel! Um so unbegreiflicher, da L. zwei Zeilen vorher sagt: Ob die Mittel zum Endzwecke führen, sei für das Dasein des dolus gleichgiltig, aus welchem, für das römische Recht ganz richtigen, Satze er also vielmehr gerade das Gegentheil hätte folgern müssen, sc. daß das römische Recht den mittelst intellektueller Thätigkeit manifestirten dolus strafbar finde, das Mittel (die intellektuelle Thätigkeit) möge zu seinem Endzwecke geführt haben oder nicht. — Dagegen erkennt Zachariä richtig an, daß das römische Recht im Allgemeinen keineswegs bloß nächste, sondern auch entfernte Versuche strafe. I. S. 219. II. S. 5. Nr. 2. Gleichwohl behauptet er hinsichtlich der Anstiftung dasselbe, wie Luden (II. §. 194—201), während er früher gesagt hatte, das römische Recht strafe auch die Anstiftung an und für sich (I. S. 219). Allein diese Behauptung ist nicht nur allen seinen sonstigen Behauptungen über den Geist des römischen Rechts entgegen, sondern auch im Besonderen keineswegs genügend motivirt. Zuvörderst steht (s. o.) der Satz in §. 196, daß das röm. Recht auf den Kausalzusammenhang zwischen der intellektuellen Einwirkung und der nachher etwa wirklich erfolgten Handlung ein entscheidendes Gewicht gelegt habe, in direktem

Digitized by Google

Widerſpruche mit der Einräumung, daß es nicht darauf geſehen habe, ob der Angeſtiftete das Verbrechen auch ohnedies begangen haben würde. Wenn aber auch jenes wahr wäre, ſo wäre dadurch keineswegs die Strafbarkeit eines bloßen Verſuchs ausgeſchloſſen. Die Worte Causam mortis praebere beweiſen aber gar nichts gegenüber den an Zahl unendlich überwiegenden, §. 195 von Zachariä ſelbſt angef. Ausdrücken, welche eine Hindeutung darauf, daß die Handlung wirklich vollzogen ſeyn müſſe, keineswegs enthalten. Was endlich die §. 199—201 angef., dem öffentlichen Strafrechte angehörigen, Stellen betrifft, ſo ſprechen ſie, namentlich im Gegenſatz von den §, 198 angef., die Privatdelikte angehenden, ſo ſtark gegen Z's Anſicht, daß es eben nur der von ihm ſelbſt beigebrachten Data bedarf, um ihn zu widerlegen. — Der hier vertheidigten Anſicht ſtimmen auch Mittermaier (ſ. o.) und — mit einigen, wohl überflüſſigen, ſichtlich dem Römiſchen Rechte zu lieb gemachten, Modifikationen — auch Hefftер bei [1]). — Ueber 1 b. war ſchon oben ausführlich die Rede (§. 137. 145). — ad 2) iſt zwar die Anſtiftung wirkſam geweſen, aber dieſe Wirkſamkeit wird ſofort zum bloßen Schein; das taugliche Mittel verkehrt ſich zum untauglichen, der ſcheinbar gelungene Verſuch zeigt ſich in Wahrheit als ein mißlungener, — ein Fall, der eben nur bei dem Anſtifter, als welcher eine freie Subjektivität zu ſeinem Mittel macht, vorkommen kann. Daß nun hier den Anſtifter eine Verſuchsſtrafe treffen müſſe, während der Angeſtiftete ſtraffrei ausgeht, iſt weniger

1) Lehrb. §. 87. n. 2. die Bemerkung a) bezieht ſich, wie es ſcheint, auf l. 1. D. de extraord. crim. und ähnliche Fälle; b) auf l. 15. §. 10. D. de injuriis. Daß eine Inſtigation, die keinen beſtimmten dolus zeigt, ſtraflos iſt, verſteht ſich aber von ſelbſt.

Digitized

bestritten. AM. müssen freilich diejenigen seyn, welche von den Voraussetzungen Kitkas [1]) ausgehen. Wer aber in der Anstiftung überhaupt, sie mag gelungen seyn oder nicht, einen strafbaren Versuch sieht, der kann nicht anders entscheiden, als hier geschehen ist, wiewohl jene Voraussetzung einen Irrthum enthält [2]). Dasselbe Resultat findet sich auch bei Luden, freilich gleichfalls aus einem nicht annehmbaren Grunde. Denn er findet den Anstifter hier gerade deswegen strafbar, weil ihm die Anstiftung gelungen sei (weil vollendete Theilnahme vorliege) [3]), während doch das bloß scheinbare Gelingen rechtlich dem Mißlingen gleichgeachtet, also gerade das Gegentheil behauptet werden muß. Besonders herauszuheben ist übrigens noch der Fall, wo der Angestiftete in Folge der Anstiftung wirklich einen strafbaren Versuch begangen hat, nun aber freiwillig abgestanden ist, z. B. er hätte tödten sollen, hat aber nur verwundet und sich hiemit begnügt. Hier ist natürlich eine doppelte Beurtheilung anzuwenden; bis zu dem Augenblicke hin, wo der Angestiftete einen eigenen Willen äusserte, müssen die Grundsätze des vorigen §en zur Anwendung kommen; von jenem Augenblick an dagegen die des vorliegenden. Die Verwundung ist mithin zunächst dem Anstifter und Angestifteten als Tödtungsversuch zuzurechnen; allein nun ist weiter zu sagen: in Folge seiner Sinnesänderung verwandelt sich dieser Tödtungs-Versuch für den physischen Urheber in konsummirte Verwundung; dagegen bleibt dem intellektuellen Urheber ein Tödtungsversuch aufzurechnen, jedoch nur als Versuch

1) Hufnagel III. S. 93. Bauer Abh. I. S. 361. 431.

2) Zachariä II. §. 165. 269. Rossi III. S. 36 will hier wieder die Anstiftung als delictum sui generis bestraft wissen.

3) S. Abh. II. S. 355 n. 1. früher war Luden AM. I. S. 448.

Digitized by Google

mit untauglichem Mittel. AM. ist Kitka, und mit ihm Hufnagel, jedoch hier ohne Nöthigung durch die mehrerwähnten Voraussetzungen. Uebrigens ist Ersterer konsequenter, als Letzterer; denn bei jenem geht die Entscheidung, daß in vorliegendem Falle auch der Anstifter für konsummirte Verwundung hafte, von dem allgemeineren Principe aus, daß (s. S. 34) der Anstifter für alle Handlungen des Angestifteten hafte, die mit der aufgetragenen Handlung eine gemeinschaftliche Triebfeder und ein gemeinschaftliches materielles Merkmal haben, — gegen welches allgemeine Princip sich Hufnagel III. S. 91. 92. erklärt [1]). — Dieser Fall macht übrigens den Uebergang.

ad 3) Und hier fragt sich denn, ob das eben angegebene allgemeine Princip Kitka's richtig sei [2])? Derselbe behauptet auch ferner: daß der Anstifter, der nur eine Verwundung aufgetragen habe, für Tödtung haften müsse, wenn der Mandatar den zu Verwundenden todtgeschlagen habe. Indessen scheint diese Behauptung weniger aus jenem Princip geflossen, als dem Art. 123 des östr. Strafgb's zulieb gemacht worden zu seyn. — Jenes allgemeine Princip nun ist offenbar zu abstrakt, und in dieser Beziehung kann man es nur billigen, wenn Abegg [3]) (freilich zunächst bei einer andern, jedoch ähnlichen Frage, nämlich: welchen Einfluß der Ablauf der Zeit zwischen dem Auftrag zu einem Verbrechen und der Ausführung desselben durch den Beauftragten auf die Strafbarkeit der beiden Betheiligten habe?) gegen die Ausführung von Kitka bemerkt: die Frage sei eine thatsächliche, es komme Alles auf die konkreten Umstände,

1) Vgl. Stübel Theilnahme. S. 83. 84.

2) S. dagegen Rossi III. S. 39 ff.

3) N. Arch. 1841. S. 379 ff.

nämlich darauf an, ob unter diesen Umständen der Auftrag noch als wirksam habe betrachtet werden können und müssen. Am richtigsten sagt man daher wohl, daß hier einfach die allgemeinen Grundsätze über Zufall, Versehen und Absicht zur Anwendung kommen müssen. In dem von Kitka ausgehobenen Falle nun, wenn der Mandatar geradezu ein andres Verbrechen begangen hat, als ihm aufgetragen war, wird wohl selten eine Zurechnung dieses Verbrechens für den Mandanten stattfinden können, wenngleich er natürlich dann stets wegen mißlungener Anstiftung haftet. Indessen lassen sich doch auch Umstände denken, die Ersteres zulassen, z. B. wenn der Auftrag in zweideutiger Weise gegeben war, oder wenn der Anstifter selbst wußte, daß der Zweck nur auf die Weise zu erreichen sei, auf welche er erreicht wurde, oder sich dies wenigstens dachte, absichtlich aber den Auftrag anders gab, weil er erwartete, daß der Mandatar doch das rechte Mittel ergreifen werde, zugleich aber sich eine Ausrede salviren wollte. Eben weil hier Alles auf den konkreten Fall ankommt, so ist es wohl nicht passend, absolut zu sagen, daß bei Excessen des Mandatars der Mandant nie hafte, sobald dieser Art und Weise, Zeit und sonstige Modalitäten genau angegeben habe. Ueberdies wäre dies praktisch sehr gefährlich, da unter der Voraussetzung eines so abstrakt distinguirenden Gesetzes der Anstifter sich in den meisten Fällen durch eine, das Gesetz verhöhnende, recht genaue Verklausulirung seines Mandats straffrei machen könnte [1]). Kitka und Hufnagel, die jenes behaupten, sagen andrerseits, wenn der Auftrag die Modalitäten nicht specificirt habe, so müsse der Anstifter, sobald der Mandatar von mehreren

1) S. auch Simoni II. S. 57. Hellie II. S. 78.

Digitized by Google

möglichen Arten der Verübung die schwerere gewählt habe, eben für diese mithaften. Offenbar ist aber hier auf das subjektive Belieben des Anstifters viel zu sehr Gewicht gelegt; und es steht wieder die beliebte Beschränkung des dolus auf den Begriff des Vorsatzes im Hintergrunde, um so merkwürdiger, als das richtige Bewußtsein, daß er viel weiter gefaßt werden müsse, sich wenigstens in dem vorgedachten abstrakten Grundsatze Kitka's sichtlich geltend zu machen sucht [1]). Letzterer stellt auch noch (S. 50) den, wohl kaum erfahrungsmäßigen, Fall auf, daß Jemand einem Andern befehle, überhaupt ein Verbrechen zu begehen, und entscheidet, daß hier der Auftraggeber für jedes von dem Mandatar verübte Verbrechen verantwortlich sei [2]). Aber dadurch wird der Widerspruch mit jener andern Behauptung, daß bei genau bestimmtem Auftrage der Mandant für einen Exceß des Mandatars niemals hafte, nur um so schneidender. Im Wesentlichen richtig, und offenbar, wie auch sonst bei mehreren Entscheidungen, von dem wahren Begriff des dolus ausgehend, sagt das Wirtembergische Strafgb. Art. 76 [3]). Dem Anstifter sei jede von ihm nicht ausdrücklich ausgenommene That, welche als Mittel zur Ausführung des bezweckten Verbrechens nothwendig gewesen sei, sowie jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus der beabsichtigten That entstanden sei, als vorsätzlich zuzurechnen, falls nur der Anstifter die Nothwendigkeit jenes Mittels und die

---

1) Vgl. auch die ganz richtigen Bemerkungen Kitka's S. 20.

2) S. dagegen auch Mittermaier N. Arch. III. S. 129. Zirkler ebend. 1839. S. 445—449. Rossi III. S. 32.

3) Vgl. Bair. Gb. 48. Sächs. Gb. Art. 36. Oestr. Ges. über Gefällsübertretungen. Art. 23.

Digitized by

Unvermeidlichkeit dieser Folge gekannt habe.[1]) Indessen ist auch hier die Beschränkung auf „nicht ausgenommene Thaten" überflüssig und unrichtig, da ohne Zweifel auch von ausgenommenen Thaten dasselbe gelten muß, sobald nur der Anstifter wußte oder wissen mußte, daß sie nothwendige Mittel oder unvermeidliche Folgen der beabsichtigten That seien. — Wenn aber im §en auch von Zurechnung zur culpa die Rede ist, so kann hiegegen nicht (mit Hufnagel a. a. O. III. S. 92) eingewendet werden, daß es keine kulpose Anstiftung gebe. Denn hier ist ja nicht von kulposer Anstiftung, sondern vielmehr von doloser Anstiftung die Rede, an die sich aber eine Folge angehängt hat, die nicht zufällig war, mithin zum Versehen zugerechnet werden muß.[2])

§. 148.

Das Verhältniß der Miturheberschaft (§. 146) und der hieraus folgenden gleichen Verantwortlichkeit kann sich aber auch umgekehrt dadurch auflösen, daß der Anstifter seinerseits von dem Versuche freiwillig wieder absteht, in welchem Falle er dann straflos ausgehen kann, während den Angestifteten, der gleichwohl forthandelt, Strafe treffen muß. Soll indessen der Grundsatz von der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs auf den Anstifter anwendbar seyn, so muß derselbe sich nicht mit einer einfachen Erklärung seiner Sinnesänderung begnügt, sondern er muß auch wirklich seinen bereits gemachten Versuch wirkungslos gemacht haben. Denn das freiwillige Abstehen macht nicht auch für denjenigen rechtsverletzenden Erfolg straflos, welcher nicht mehr aufgehoben werden kann, sondern es tilgt nur die darüber hinaus-

1) Vgl. Kitka a. a. O. S. 40—43 und im N. Arch. 1835. S. 584—587. Rossi III. S. 41.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 432.

Digitized by Google

liegende Verantwortlichkeit. Hieraus folgt unmittelbar, daß der Anſtifter, der nur ſeine Sinnesänderung erklärt, aber dadurch nicht das Unterbleiben des Verbrechens bewirkt hat, ſtets wenigſtens für einen nicht beendigten Verſuch verantwortlich bleibt, mag nun das Verbrechen von dem Angeſtifteten in größerem oder geringerem Umfang verübt worden ſeyn. Dagegen muß er ſtraflos bleiben, wenn er das Verbrechen verhindert oder die Staatsgewalt zu einer Zeit, wo das Verbrechen noch verhindert werden konnte, von der Unternehmung in Kenntniß geſetzt hat.

Anm. — Dieſe Sätze ſpricht auch das Wirtemb. Strafgb. Art. 77 [1]) aus; und, wenn daſſelbe in dem Fall der unvollſtändigen Zurücknahme des Auftrags die Strafe des nichtbeendigten Verſuchs droht, ſo braucht es dafür der Entſchuldigung, daß es damit nicht ſagen wolle, in dem gedachten Falle liege wirklich ein nicht beendigter Verſuch vor, (Hufnagel Kommentar I. S. 159) keineswegs, wie die im §en angef. Gründe zeigen. Im Gegentheil ſetzt ſich Hufnagel, wenn er hier den Reat des Anſtifters als culpa bezeichnet, mit ſeinem eigenen Grundſatz (III. S. 92), daß eine kulpoſe Anſtiftung nicht denkbar ſei, in Widerſpruch [2]). — Auch die von Bauer Anm. zum Hannövr. Entw. I. S. 283 und Zachariä Verſuch II. §. 267 gemachten Unterſchiede ſind irrelevant. S. aber auch Bauer Abh. I. S. 364.

2) Zufällige phyſiſche Miturheberſchaft.

§. 149.

Da die Handlung ihrer Natur nach ebenſo eine objek-

1) Vgl. Mittermaier n. 4 zu Feuerbach §. 46. AM. iſt Rossi III. S. 37 ob. und das franz. Recht. Hellie II. S. 77.

2) Konkurrenz von Verſuch und culpa nimmt Stübel an. Theilnahme, S. 121 Art. 7. vgl. Kitka a. a. O. S. 7.

Digitized by

tive, wie eine ſubjektive Seite hat, ſo kann das Verhältniß der Miturheberſchaft nicht nur mittelſt der lezteren (§. 145 —148), ſondern auch mittelſt der erſteren, nämlich ſo begründet werden, daß Mehrere, deren keiner auf die Andern intellektuell eingewirkt hat, ſich zufällig objektiv als Theilnehmer an Einem und demſelben Verbrechen zuſammenfinden. Damit aber ſolche nicht als bloße Gehilfen, ſondern als Urheber zu betrachten ſeien, dazu iſt nothwendige Vorausſetzung, daß jeder bei der Handlung ſich ſelbſt Zweck ſei; und damit ſie Miturheber ſeien, wird erforderlich, daß jeder den Andern als Mittel geſetzt und ihm als Mittel gedient habe. Darin liegt, daß dieſelben von einander gewußt, und nicht völlig unabhängig von einander gehandelt haben. Es iſt aber auch ferner erforderlich, daß die Theilnehmer in direkter Abſicht handeln, da die indirekte ihrer Natur nach ausſchließlich und daher dem Verhältniſſe der Miturheberſchaft ſchlechthin entgegengeſetzt iſt. — Die rechtliche Bedeutung der Miturheberſchaft beſteht nun aber hier darin, daß vermittelſt der Einen, allen Theilnehmern als Selbſtzweck gemeinſchaftlichen, Abſicht auch die Akte aller Einzelnen zur Totalität Einer Handlung zuſammengefaßt werden, daher es denn nicht darauf ankommt, wie viel oder wenig jeder Einzelne für den Erfolg mitgewirkt hat. Ward mithin das beabſichtigte Verbrechen überhaupt vollendet, ſo iſt es als ſolches jedem als Miturheber zuzurechnen, deſſen Thätigkeit nur überhaupt mit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag; dagegen nur zum Verſuche denjenigen, deren Akte dem Eintritte des Erfolgs erſt nachfolgten.

Anm. — Von vorn herein ſind hier alle diejenigen Begriffe von Miturheberſchaft abzuweiſen, welche auf der einſeitigen Beachtung des objektiven Kauſalverhältniſſes beruhen, wornach alſo der Begriff des Mitur-

hebers und ſein Unterſchied vom bloßen Gehilfen nur davon abhängen ſoll, ob Jemand, der mit Andern gemeinſchaftlich (ohne vorherige Verabredung) ein Verbrechen begeht, zu dem Erfolg als Haupt- oder als bloße Nebenurſache mitgewirkt habe. S. §. 132. Anm. Dieſer Anſicht hat auch wieder Luden Abh. II. S. 386—391 gehuldigt. Indeſſen iſt ſchon oben gezeigt worden, daß das ganze Fundament ſeiner Lehre nicht fähig ſei, irgend einen haltbaren Grundſatz zu tragen daß aber noch insbeſondre ſeine Beſtimmungen über die wechſelſeitig-einſeitige Theilnahme an dem bedeutendſten inneren Widerſpruche leiden. S. §. 145. Anm. — Hier mag nur noch dies beigefügt werden, daß auch der Standpunkt des poſitiven Rechts, auf welchen er ſich ſtellt, ſeinen Behauptungen keinerlei Berechtigung verleiht. Denn der Art. 148 der PGO. [1]) iſt ſo zu verſtehen, daß der erſte Satz nicht allein von einem Mordkomplott, ſondern auch von einer unverabredeten Theilnahme Mehrerer in mörderiſcher Abſicht handelt, wogegen die folgenden Beſtimmungen nur den Fall vor Augen haben, wenn die Theilnehmer ohne mörderiſche Abſicht thätig waren, und der tödtliche Erfolg nur zur culpa zuzurechnen, oder durch indirekten dolus entſtanden iſt. Dieſer vielbeſtrittene Artikel dürfte auch von den neueſten Erklärern nicht ganz befriedigend auseinandergeſetzt ſeyn [2]), wiewohl jeder ein richtiges Element liefert. Ohne Zweifel gieng Wächter zu weit, wenn er in dem Artikel von Satz 2 an nur die Berückſichtigung der culpa dolo determinata ſehen wollte. Dagegen

1) Wächter im N. Arch. XIV. nr. 5. ſ. Abegg ebend. 1836. nr. 6. 1837. nr. 16. vgl. Mittermaier n. 1—3 zu Feuerbach §. 226.

2) Vgl. Heffter §. 244. 245. Marezoll S. 290. 291. Luden Abh. II. S. 282—284 Anm.

Digitized

gehen auch Hefftter und Marezoll zu weit, wenn ſie dies läugnen und in der fraglichen Stelle nur die Berückſichtigung der doloſen Tödtung überhaupt finden wollen. Schon einige Aelteren [1]) ſprechen hier ſehr richtig von dem indirekten dolus und ebendahin zielt auch das von Abegg Angeführte [2]). Vielleicht dient folgende Betrachtung zur Löſung der Schwierigkeiten. 1) Entſcheidend iſt, ob man den 1. Satz bloß vom Mordkomplott oder auch von zufälliger Theilnahme Mehrerer in mörderiſcher Abſicht zu verſtehen habe. Hier ſcheint nun Wächter ganz das Richtige getroffen zu haben, indem er Lezteres behauptet, und es dient gewiß nicht zum Vortheil der Sache, wenn hievon die Neueren wieder abweichen. Die Richtigkeit jener Anſicht liegt klar bewieſen in dem Gegenſatze, worein die PGO. den zweiten zum erſten Satze ſtellt. Denn im erſten ſpricht ſie von dem „fürgeſetzten Willen, Jemand böslich zu ermorden," d. h. von der direkten Mordabſicht; im zweiten dagegen von „einem Schlagen und Rumoren, worin etlich Perſonen ungeſchichts bei einander waren, und in welchem Jemand ohn genugſam Urſach erſchlagen würde." Hiemit iſt offenbar aller prämeditirte animus necandi ausgeſchloſſen, und es bleibt nur die Tödtung aus impetus, luxuria oder culpa (in Verbindung mit doloſer Körperverletzung) übrig. Jedenfalls alſo darf man vom zweiten Satze an nie mehr an den Fall der doloſen Miturheberſchaft mehrerer zum Mord Entſchloſſenen denken, wobei man es zuvörderſt dahin geſtellt ſeyn laſſen kann, ob dieſe, auch als zufällige, nach Satz 1 zu behandeln ſei.

1) S. Wächter Lehrb. II. S. 136.

2) Vgl. Roßhirt Entwicklung S. 273 ff. Jarke in Hitzig Zeitſchrift VI. S. 372.

Digitized by Google

2) Verſteht man aber den Artikel von Satz 2 an auf die gedachte Weiſe, ſo braucht man auch nicht mit Wächter ſich darauf zu berufen, daß nach dem Geiſte der PGO. die Schwerdtſtrafe für bloße culpa dolo determinata nicht zu hart erſcheine. Sondern man wird das Geſetz ſo auslegen, daß es a) unter dem rechten Thäter nur einen ſolchen meint, der mit wirklichem (indirekten) animus occidendi geſchlagen hat. Dies ſagt auch Heffter §. 244 n. 4 ganz richtig und führt dafür den treffenden Grund an, daß das Geſetz auch für den ſogleich folgenden, aber naheſtehenden Fall „gefährliches (doloſes) tödtliches Schlagen" erfordere. Zwar läßt Heffter noch die Möglichkeit offen, daß die PGO. nach Vorgang der l. 6 C. ad leg. Jul. de vi ſelbſt gegen die culpa dolo determ. hier beſonders ſtreng geweſen ſeyn möchte. Allein die ſonſtige Haltung des Artikels, beſonders a. E. ſcheint eine ſolche Annahme geradezu zu widerlegen. Denn hätte der Geſetzgeber hier mit Strenge durchgreifen wollen, ſo hätte er nur auf die Raufhändel das Princip des Satzes 1 anwenden dürfen. Offenbar will er ja aber ſorgfältig die verſchiedenen Schuldunterſchiede auseinandergehalten und gewürdigt wiſſen, und hat dabei ſicherlich weit eher an die l. 17 D. ad leg. Corn. de sic. als an die l. 11 §. 2 D. ad leg. Aqu. gedacht [1]). Damit würde aber die Gleichſtellung ſo weſentlich verſchiedener Fälle, wie ſie ihm Wächter unterlegt, nicht harmoniren. Indeſſen kann gegen die hier gegebene Deutung Wächter um ſo weniger etwas einwenden, als auch er es als natürlich und von ſelbſt ſich verſtehend erklärt, daß ein etwa unter den Raufern befindlicher wirklicher Mörder die Strafe des Mordes

1) Wächter Lehrb. II. S. 136.

Digitized by Google

verwirke. Darf er dies (gewiß mit Recht) subintelligiren, so darf man wohl um so unbedenklicher subintelligiren, daß das Gesetz unter dem rechten Thäter, dem es die Strafe des Todtschlags droht, auch einen wirklichen Todtschläger meine. Denn, wenn allerdings ohne Zweifel die PGO. von der richtigen Ansicht ausgeht, daß die Theilnehmer in Raufhändeln regelmäßig nicht in mörderischer Absicht, sondern vielmehr nur in der Absicht, sich zu verwunden, thätig werden, so liegt doch auch die weitere Erfahrung sehr nahe, daß ein solcher prämeditirter oder im Affekt entstandener, zunächst nur auf Körperverletzung gerichteter, dolus sich eben im Verlauf des Streits sehr leicht zum indirekten dolus occidendi steigert, und dann wird in der Regel auch der, bei dem sich diese Steigerung einfindet, zugleich derjenige seyn, „von deß Hand die Entleibung geschieht." Wenn nun diesem die CCC. die Strafe des Todtschlags droht, so stimmt das mit den allgemeinen Grundsätzen vollkommen überein, und man braucht zu keiner Hypothese zu greifen [1]). — Uebrigens ist nun hier ad a) der Fall gemeint, wenn überhaupt nur Eine tödtliche Verletzung vorliegt. Hätte der Thäter hier in mörderischer Absicht gehandelt, so würde ihn die Strafe des Mordes treffen; hätte er nur aus culpa dolo det. die Tödtung verschuldet, so wäre er geringer zu bestrafen, als ein Todtschläger (da die CCC. voraussetzt, der „rechte Thäter" habe dolos-tödtlich geschlagen). — Haben ferner neben diesem Einen noch Andre Wunden beigebracht, welche nach der Voraussetzung nicht tödtlich waren, so sind sie wegen doloser Körperverletzung und, wenn anzunehmen ist, daß ihre Verletzungen den Tod mit verschuldet

1) Vgl. Wächter N. Arch. XIV. S. 110—112.

Digitized by Google

haben, wegen culpa dolo determinata, — sollten sie aber etwa selbst mit der indirekten Absicht der Tödtung gehandelt haben, wegen versuchten Todtschlags zu bestrafen. (Denn bei indirekter Absicht, s. den §en, ist das Verhältniß der Miturheberschaft im rechtlichen Sinne nicht denkbar, wovon unten noch mehr). b) Der andre Fall ist der, daß mehrere tödtlichen Verletzungen beigebracht sind. Hier unterscheidet das Gesetz: aa) Es ist erwiesen, daß unter diesen möglicher Weise tödtenden Verletzungen nur Eine die wirklich tödtende war, und man kennt deren Urheber; bb) Es läßt sich nicht ermitteln, welche von den mehreren die wirklich tödtende war, oder die wirklich tödtenden waren, oder ob alle zusammen tödtend waren. — Diese Unterscheidung erkennt Wächter mit Unrecht nicht an, indem er die wahrlich sehr bedeutsamen Worte: „und man könnt nit beweislich machen, von welcher sonderlichen Hand und That er gestorben wär," für einen bloßen Pleonasmus erklärt, was freilich für die Erklärung eine große Bequemlichkeit wäre [1]). — Hier scheint eine nicht weg zu interpretirende Anomalie vorzuliegen. Wir finden die Anomalie übrigens nur darin, daß ad bb) zwischen den möglicher Weise tödtenden und wirklich tödtenden Verletzungen nicht unterschieden wird. Denn im Falle aa) ist es ganz den richtigen Grundsätzen angemessen, wenn eben nur der erweisliche Urheber der wirklich tödtenden Verletzung, — und, wie gesagt, nur unter der Voraussetzung, daß er animo (indirecto) occidendi gehandelt hat, — als Todtschläger bestraft wird. Es müssen dann die übrigen, welche tödtliche, aber nicht wirklich tödtende Verletzungen beigebracht haben, wegen bloßen Versuchs bestraft wer-

1) S. dagegen Abegg Lehrb. S. 333. 334.

Digitized by Google

den. Eben dies sollte nun auch ad bb) von sämmtlichen Theilnehmern angeordnet seyn, sobald ein non liquet darüber vorliegt, welche Verletzungen, ob Eine, ob mehrere, ob alle wirklich tödtend waren. Hier aber läßt, wie es scheint, der Gesetzgeber vom beendigten Versuche gelten, was nur auf die Vollendung beschränkt seyn sollte. Da er indessen auch hier ausdrücklich voraussetzt, daß alle betreffenden Personen dolo (indirecto) occidendi gehandelt haben, so wäre die Anomalie so groß nicht. Sie würde freilich ganz verschwinden, wenn man mit Wächter s. Anm. zu §. 132 überhaupt den Satz für richtig halten könnte, daß Mehrere, welche tödtliche Verletzungen zugefügt haben, als Urheber der vollendeten Tödtung zu betrachten seien [1]). Allein es wurde oben gezeigt, daß diese Ansicht unrichtig sei. Vielleicht könnte man jedoch auch die Worte: „von welcher sonderlichen .... gestorben wär" — so verstehen, daß sie sagen wollten: daß er von einer sonderlichen ... gestorben wäre. Auch dann würde die Anomalie hinwegfallen. Es würde nämlich dann der Gesetzgeber sagen: Liegen mehrere tödtliche Verletzungen vor, so ist zunächst zu untersuchen, ob eine davon allein wirklich tödtend war, in welchem Fall der Urheber dieser Verletzung als Todtschläger zu behandeln ist. Findet sich nun aber, daß der wirklich erfolgte Tod nicht Einer sonderlichen Hand und That, sondern jeder der tödtlichen

1) Wie Hefftter, der diese Ansicht für unrichtig hält §. 231. n. 7. 10, gleichwohl hier §. 232 n. 4. §. 244 n. 5 Wächter beistimmen kann, weil eine Ursache die andere nicht aufhebe, ist unklar; denn es fragt sich ja im vorliegenden Falle gerade, ob der Beweis nöthig sei, daß jede tödtliche Verletzung auch wirklich tödtend (Ursache) gewesen sei? und diesen Beweis erklärt Wächter für überflüssig, während ihn Hefftter voraussetzt.

Digitized by Google

Verletzungen, der einen wie der andern, zuzuschreiben ist, dann sollen (natürlich wieder unter Voraussetzung jenes animus) alle solche Urheber als Todtschläger behandelt werden. So ausgelegt, würde das Gesetz von den allgemeinen Grundsätzen in keiner Weise abweichen. Die Erklärung thut auch der Stelle weniger Gewalt an, als die von Wächter, führt übrigens praktisch auf das gleiche Resultat. Denn, wenn eben zu gleicher Zeit mehrere tödtliche Verletzungen zugefügt worden sind, so wird man wohl selten oder nie beweislich machen können, daß der Entleibte „von Einer sonderlichen Hand und That gestorben sei," man wird also mehrere gleichgewichtige Ursachen annehmen müssen. Sobald nun dies durch die Aerzte bewiesen ist, wird man allerdings der Ansicht von Hefftter §. 232 n. 4 §. 244 n. 5 beipflichten müssen, der die Verordnung der PGO mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmend findet, nicht aber auch mit ihm auf Wächter sich berufen dürfen. — Die weiteren möglichen Fälle können hier übergangen werden; sie bestehen darin, daß entweder überall keine für sich tödtlichen, oder nur solche für sich tödtlichen Verletzungen, deren Urheber man nicht kennt, neben andern oder ohne andre vorliegen. Es muß hier überall Strafe wegen doloser Mißhandlung resp. versuchten Todtschlags und, soweit der gehörige Beweis geführt werden kann, wegen kulposer Tödtung eintreten [1]). — Es genügt das Resultat, daß die PGO. Art. 148 von Satz 2 an überall nicht von Miturheberschaft aus direktem dolus, sondern nur von dem Zusammentreffen mehrerer in indirektem dolus oder in culpa dolo determ.

1) Nicht aber wegen vollendeten Todtschlags, wie Hefftter §. 245 IV. annimmt, vgl. Marezoll S. 94. n. 1.

Digitized by

Handelnden spricht, auf welches Zusammentreffen sie eben die Grundsätze nicht anwendet, welche von gedachter Miturheberschaft gelten müsse, vielmehr nur diejenigen, welche bei dem Zusammentreffen mehrerer kulposen Urheber gelten, und welche am besten in der l. 17 D. ad leg. Corn. de Sicariis zusammengefaßt sind [1]). Daß nun die PGO. insonderheit die in indirektem dolus, impetus oder luxuria handelnden Theilnehmer nach diesem Princip behandelt, ist vollkommen durch die Natur der Sache gerechtfertigt. Denn die indirekte Absicht kann zwar in Form der Anstiftung Miturheberschaft begründen, z. B. wenn Jemand im Sturme des Affekts einem Bedienten befiehlt, einen Andern die Treppe hinabzuwerfen, wovon dieser den Hals bricht, oder wenn ein schlechter Arzt in frevelhaftem Leichtsinn eine Kur anräth, wovon er sich denkt, daß sie den Kranken das Leben kosten könne. Aber wo die indirekte Absicht in physische Thätigkeit ausbricht, da kann sie dies nicht, und zwar aus dem Grunde nicht [2]), weil Affekt und Leichtsinn diejenige Berechnung unmöglich machen, welche dazu gehört, um sich mit den Theilnehmern in das Verhältniß der Miturheberschaft zu setzen. Der im Affekt physisch Handelnde ist viel zu sehr mit sich selbst beschäftigt, viel zu ausschließlich in seinen eigenen Gesichtskreis gebannt, als daß es ihn bekümmern könnte, ob er durch sein Thun Andre unterstützt und von den Andern unterstützt wird. Seine Absicht ist nicht mittheilsam, noch kalkulirend: damit fehlt aber das Wesen der Miturheberschaft im rechtlichen Sinne. Mehrere, die

1) Daß Abegg diese Stelle auch auf dolose Miturheberschaft anwendet, darin liegt die Unbestimmtheit und Unhaltbarkeit seiner Lehre, s. jedoch dens. im N. Arch. 1836. S. 197.

2) Vgl. Rossi III. S. 54.

Digitized by Google

im Affekte handeln, ſind deshalb nur wie eine Mehrheit kulpoſer Urheber zu betrachten, d. h. die Schuld eines jeden iſt iſolirt zu beurtheilen.

Eben durch dieſe Erklärung der P. G. O. Art. 148. iſt aber von ſelbſt die von Luden gegebene widerlegt, auf die er ſeine Theorie über die wechſelſeitig-einſeitige Theilnahme gründet. Er verſteht den Art. von Satz 2. an gerade von dem, wovon er nicht handelt, von der (unverabredeten) wahren doloſen Miturheberſchaft, zugleich mißverſteht er das in der betr. Stelle durchgeführte Princip für das Zuſammentreffen mehrerer kulpoſen Urheber (vgl. l. 17. D. cit.) geradezu, und mengt aus dem abſtrakt ſubjektiven Princip des römiſchen und dem abſtrakt objektiven Prinzip des altgermaniſchen Rechts (wie er es auffaßt) ein Drittes zuſammen, welches weder logiſch, noch hiſtoriſch befriedigen kann.

Reiner findet ſich der abſtrakt objektive Standpunkt bei Andern durchgeführt. Wenn ſie nämlich den Begriff der Urheberſchaft auf den der Haupturſache, und im Unterſchiede davon den Begriff der Beihilfe auf den der bloßen Nebenurſache gründen, ſo fordern ſie konſequent zum Begriffe des Miturhebers, daß er nicht bloß Nebenurſache, ſondern Hauptſache geweſen ſei [1]). (Eben dies fordert zwar auch Luden, aber er miſcht ſogleich mit ſeinen Beſtimmungen über Theilnahme das ganz entgegengeſetzte Princip ein). Indeſſen mußten ſie bald einſehen, daß dieſer Unterſchied bei vorliegenden mehreren Theilnehmern ein ſehr willkührlich handhabbarer ſei. Wollte man unter Haupturſache die einzige Urſache verſtehen, ſo mußte man eigentlich den Begriff der Miturheberſchaft ganz aufheben (vgl. Stübel §. 153).

1) Kleinſchrod ſyſt. Entw. S. 198. Carpzov, Püttmann, Quiſtorp, bei Stübel §. att. Stübel §. 29. 30. Feuerbach §. 44. u. a.

Digitized by Google

Ebenso aber, wenn man die Hauptursache als hinreichende Ursache definirte, wie Feuerbach und Grolman. Wie wenig mit dem Begriff der nothwendigen Ursache auszureichen sei, kam sogleich zum Bewußtsein, wenn man sich nur klar machte, daß man es hier überhaupt nur mit endlichen Ursachen zu thun habe. Man verfiel daher auf Auswege, die allmälig zu der richtigen Einsicht führen mußten. Dabei blieb man aber — naturgemäß — ganz auf dem objektiven Standpunkte, und eben nur dadurch, daß man ihn bis zum Extrem erschöpfte [1]), machte man den Umschwung des Begriffs auf die entgegengesetzte Seite möglich. Besonders Stübel that einen großen Fortschritt, indem er mittelst seiner Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebentheilnahme, und naher und entfernter Theilnahme dem Begriff der Miturheberschaft überhaupt ein praktisches Feld zu verschaffen suchte. Nur freilich war damit im Gegentheil der Begriff der Beihilfe sehr ungerecht behandelt; denn nach den Stübel'schen Grundsätzen mußten sehr häufig bloße Gehilfen zu Miturhebern gestempelt werden. Es sollte nämlich Miturheberschaft begründet werden 1) durch jede Mitwirkung, die als in concreto unentbehrliche Ursache erschiene, und 2) überhaupt durch jede Theilnahme an der Haupthandlung selbst. Dabei war dann grundsätzlich auf den Unterschied zwischen doloser und kulposer Urheberschaft gar keine Rücksicht genommen. Nach allem Bisherigen ist nun klar, daß damit das Wahre in keiner Weise gefunden war. Zunächst mußte die Behauptung, daß in aller nahen Theilnahme, d. h. in jeder Mitwirkung

1) Eben dies ist von Rossi nicht geschehen, welcher (unbegreiflicher Weise) den Begriff der Produktivität der objektiven und subjektiven Seite auf gleiche Weise zutheilt.

Digitized by Google

bei der Haupthandlung Miturheberſchaft liege, wieder verlaſſen werden, was denn auch durch Kleinſchrod, Feuerbach ꝛc. geſchah. Dagegen empfahl ſich der aufgeſtellte Begriff der in concreto unentbehrlichen Mitwirkung, woraus der (auch im Wirt. Strafgb. gegen die bisherige Praxis, eingeführte) Feuerbach'ſche Hauptgehilfe entſtand. Allein auch damit war noch keineswegs aller Zweifel gehoben. Denn es mußte zum Bewußtſeyn kommen, daß bei endlichen Begebnißen überhaupt nicht zwiſchen entbehrlichen und unentbehrlichen Urſachen unterſchieden werden könne, daß vielmehr eben nur die Summe aller Bedingungen das Unentbehrliche ſei. Eben dieſe Einſicht veranlaßte denn Andre, den einſeitig objektiven Standpunkt zu verlaſſen. Wenn nun bei Schirach ſich das gerade entgegengeſetzte ſubjektive Extrem vorfindet, ſo giengen Andre, wie Henke, Wächter, den richtigen Weg, d. h. ſie unterſchieden Urheberſchaft und Beihilfe nicht mehr bloß nach dem Maßſtabe des näheren und entfernteren, mehr oder minder weſentlichen objektiven Kauſalzuſammenhangs, ſondern nach dem ſelbſtſtändigen oder unſelbſtſtändigen ſubjektiven Intereſſe der Betheiligung. Hiernach war nun klar, daß auch bei der Haupthandlung Gehilfen vorkommen und daß auch in concreto unentbehrliche Akte von bloßen Gehilfen herrühren können, daß es aber andrerſeits, das ſelbſtſtändige Intereſſe an der That vorausgeſetzt, gleichgiltig iſt, ob der doloſe Miturheber einen mehr oder minder weſentlichen Antheil an der Handlung nimmt, einen entbehrlichen oder unentbehrlichen Beiſtand leiſtet. Denn es mußte nun das im §en angegebene Princip (mehr oder minder deutlich) zum Bewußtſein kommen, daß bei dem Zuſammenhandeln mehrerer doloſen Urheber durch die Eine Abſicht

Digitized by Google

je der eine die Handlung aller Uebrigen auch zu der seinigen macht, daß also hier die objektive Kausalität nicht von den Akten der Einzelnen, sondern nur von der Gesammthandlung als einer Totalität gefordert werden kann. Freilich ist diese Konsequenz nicht von Allen gezogen, die im Uebrigen den Begriff der Miturheberschaft richtig bestimmen; so z. B. will Henke I. S. 275 auch auf das dolose, nicht blos das kulpose Zusammentreffen mehrerer Urheber, wenn es unverabredet war, den Grundsatz der l. 17. D. cit. angewendet wissen s. dagegen Wächter I. S. 150. n. 82. [1]) Andrerseits findet sich die gedachte Bestimmung, daß die gemeinsame Absicht auch die Handlung gemeinsam mache, zuletzt auch bei Feuerbach §. 46. not. b., obgleich sie zu seinen Definitionen von Urheber und Hauptgehilfen, die noch ganz auf dem einseitig objektiven Standpunkt stehen, nicht wohl paßt. Am treffendsten findet sich die Sache bei Hefftер §. 78. dargestellt; nur scheint die Distinktion zwischen den Fällen a. und b. fast allzufein zu seyn. Wenn nämlich Jemand, wie Hefftер ad a) sagt, bei einer Entführung das Mädchen dem Entführer abjagt und es nun selbst zur Wollust mit sich nimmt, oder wenn ein zum Raube entschlossener den Anfall eines andern Räubers benützt, um dem Angegriffenen sein Eigenthum zu entziehen, so findet in diesen Fällen ganz das Gleiche statt, wie in den ad b.), daß nämlich zwei Personen das gleiche Verbrechen sich zum Zweck gesetzt haben und einer die Handlung des Andern zu der seinigen gemacht hat. Nur wird in den vorgedachten Fällen hie und da dem einen Miturheber ein bloßer Konat zuzurechnen seyn, was aber eben so gut in

1) vgl. Hefftер §. 78. n. 1.

Digitized by Google

den übrigen vorkommen kann. Es dürfte daher auch die Bestimmung der Mitthäter oder Hauptgehilfen in §. 83 b. als derjenigen, aus deren vereintem und auf gleichen Zweck gerichtetem Handeln die Vollendung des Verbrechens unmittelbar hervorgegangen sei, — als nicht ganz richtig in Anspruch zu nehmen seyn, da ja doch ohne Zweifel ein Miturheber auch bloß wegen Versuchs verantwortlich seyn kann, sobald nämlich sein wirkliches Thun ganz ausserhalb des Kreises der den Erfolg bedingenden Umstände fiel. — Es ist nämlich in dieser Beziehung die unverabredete Theilnahme vom Komplotte wohl zu unterscheiden. Bei jener macht der gleiche Zweck alle Theilnehmer zu Miturhebern, mag auch der eine einen ganz unwesentlichen Akt ausgeführt, z. B. bloß eine leichte Wunde beigebracht haben, während ein Andrer den tödtenden Streich führte, oder nur geleuchtet, während ein Andrer das Zimmer ausleerte. Allein nicht Jeder ist eo ipso auch Miturheber des vollendeten Verbrechens. Wenn z. B. zwei Diebe auf einer Leiter einsteigen und es kommt nun, während sie im Innern des Hauses beschäftigt sind, ein Dritter herbei, der gleichfalls diebische Absichten hat, er steigt auch sofort auf der Leiter empor, um die gute Gelegenheit gleichfalls zu benützen; ehe er aber selbst Hand anlegen kann, entsteht Lärm, und alle drei entfliehen, die beiden Ersteren mit, der Dritte ohne Beute, so ist der Dritte hier ohne Zweifel bloß eines versuchten Diebstahls schuldig. Wäre dagegen derselbe früher gekommen und hätte ohne eine weitere Verabredung den beiden Ersteren die Leiter gehalten, in der Absicht, nachher von ihnen den gleichen Dienst zu seinem Vortheil anzusprechen, — so wäre er hier ohne Zweifel als Miturheber des vollendeten Diebstahls anzusehen.

Digitized by Google

3) Das Komplott.

§. 150.

Die subjektive und objektive Begründung der Miturheberschaft trifft endlich zusammen beim Komplotte. Wenn nämlich Mehrere in Folge einer vorherigen Verabredung ein Verbrechen zusammen begehen, so müssen nicht nur für diejenigen, welche bei Vollbringung der Handlung auf irgend welche Weise thätig sind, dieselben Grundsätze gelten, wie für die unverabredeten dolosen Theilnehmer, weil der Grund für die Behandlung aller einzelner Akte als Einer Handlung hier vermöge der vorangegangenen Verabredung vollkommen vorhanden ist, sondern es sind auch eben wegen dieser Verabredung alle Theilnehmer gegenseitig als Anstifter und Angestiftete zu behandeln. Hiebei ist jedoch wohl in's Auge zu fassen, daß eben wegen der Wechselseitigkeit des Verhältnisses jeder einzelne zwar als Anstifter, aber nur als Anstifter eines schon für sich Entschlossenen zu betrachten ist, welche Betrachtung nur auf denjenigen nicht Anwendung leidet, welcher etwa im konkreten Fall alle Andern zuerst angestiftet hat und somit als Anstifter im e. S. zu behandeln ist. Die Folgen dieses Moments sind nun, daß a) auch die nicht wirksamen Komplottanten stets als Anstifter schon entschlossener, d. h. für einen Versuch des Verbrechens verantwortlich sind, sobald dasselbe zur Ausführung kam, b) schon die Eingehung des Komplotts, wenn die Ausführung des Verbrechens zufällig verhindert wurde, die Komplottanten wegen Versuchs strafbar macht, dagegen c) der Anstifter im e. S. stets nach den Grundsätzen behandelt werden muß, die für den Anstifter überhaupt gelten, je nachdem seine Anstiftung wirksam oder unwirksam gewesen ist, so daß er also, namentlich auch wenn er physisch nicht wirksam war, gleichwohl des vollendeten Verbrechens schuldig ist, wenn dasselbe nur überhaupt in Folge seiner Anstiftung vollbracht wurde,

Digitized by Google

überdies aber auch im Fall der wirksamen Anstiftung bei zufällig vereiteltem Verbrechen strafbar bleibt, weil es auch die Angestifteten sind.

Anm. — Die Lehre vom Komplott würde weniger bestritten seyn, wenn man über die vorangehenden, deren Spitze und Abschluß sie bildet, sich richtigere Begriffe machen und den organischen Zusammenhang der ganzen Lehre von der Theilnahme sich deutlicher zum Bewußtsein bringen wollte. Unter den verschiedenen, hinsichtlich des Komplotts kursirenden, Ansichten können zunächst wieder zwei extreme Ansichten und eine mittlere unterschieden werden.

1) Die strenge Ansicht findet sich bei Feuerbach (§. 47.) und Grolman (§. 34.), welche behaupten, jeder Mitverbündete, in Ansehung dessen die Erwartung der Uebrigen bis zu vollendeter That fortgedauert habe, sei als intellektueller Urheber des vollendeten Verbrechens zu betrachten, wenn er auch an dessen Ausführung sonst keinen thätigen Antheil genommen habe. Hier wird also von allen Komplottanten behauptet, was nur von dem Anstifter des Komplottes im e. S. richtig ist. Es wird das wesentliche Moment übersehen, daß die, an sich mit Recht angenommene, intellektuelle Einwirkung der Komplottanten auf einander eben wegen ihrer Gegenseitigkeit nur unter die Kategorie der Anstiftung eines schon Entschlossenen gebracht werden kann. Zwar macht Grolman die feine Bemerkung, es werde bei seiner Ansicht praktisch das Richtige deshalb herauskommen, weil sich in der Regel finden werde, daß der physisch unthätige Theilnehmer um so intensiver intellektuell thätig gewesen sei. Allein diese Bemerkung findet ihre genügende Berücksichtigung in dem, was oben über den Anstifter im e. S. gesagt ist. Sie ist aber

Digitized by Google

unwahr bei gemeinen Komplottanten und kann bei diesen nur zur Grausamkeit führen [1]). Uebrigens unterscheiden sich Feuerbach und Grolman noch wesentlich dadurch, daß ersterer neben dem Komplott auch noch die Möglichkeit einer unverabredeten physischen Miturheberschaft annimmt, die er mit Recht als ein von dem Komplotte noch verschiedenes Verhältniß prädicirt, während nach der Meinung des letzteren alle dolose Miturheberschaft nur durch Anstiftung oder Komplott, nicht aber durch unverabredetes Zusammentreffen entstehen kann, eine Ansicht, die auf dem, beiden hinsichtlich der Begründung der Urheberschaft überhaupt gemeinschaftlichen, abstrakt objektiven Standpunkte ohne Zweifel den Vorzug der größeren Konsequenz hat.

2) Die klare Ansicht findet sich bei Abegg, Lb. S. 115. 116. N. Arch. 1841. S. 416. [2]) sofern dieser sogar beim Komplotte die Regel der l. 17. D. ad leg. Corn. de sic. durchgeführt haben will. Da er aber gleichwohl den inneren Unterschied des Komplottes von anderweitigen Theilnahme-Verhältnissen nicht ganz abzuweisen mag, so macht er einige Konzessionen, die indeß eben so schwankend, als die Einwendungen gegen die richtige

1) Insoweit muß man Mittermaier n. 5. zu Feuerbach §. 47. zustimmen. Indessen wird doch die Klage über das „leidige Generalisiren" zu weit getrieben, wenn sie endlich auf das Ziel lossteuert, alle allgemeinen Grundsätze aufzuheben und die Rechte der Wissenschaft und der Gesetzgebung an eine weichherzige Praxis wegzuschenken. Der Feuerbachischen Ansicht ist auch Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 318.

2) vgl. Marezoll S. 95. 136. 137. Am weitesten geht Stübel Theilnahme S. 31—38. 76. 77., der gar keinen Unterschied mehr zwischen zufälliger und verabredeter Theilnahme anerkennt. Vgl. Mittermaier über den neuesten Zustand, I. S. 151. Derſ. n. 1—5. zu Feuerbach §. 47.

Ansicht unberechtigt sind. Die Konzession nämlich liegt darin, daß er zugiebt, es könne das Dasein der Vereinigung, die Rechnung auf gegenseitige Unterstützung und Theilung der Gefahr, einen psychologischen Einfluß auf jeden Theilnehmer ausüben, auch werde, wohl durch die Komplottirung im Allgemeinen in subjektiver und objektiver Hinsicht größere Gefährlichkeit bekundet. Die Einwendungen aber beschränken sich darauf, daß auch beim Komplott ein freiwilliges Zurücktreten, und neben einem Komplott auch vertragsmäßige Beihilfe vorkommen könne. Allein beides wird in der That von Niemand geläugnet und kann auch neben der Ansicht ad 1) ganz vollkommen anerkannt werden. Es besteht übrigens, wie schon oben bemerkt wurde, die wahrhaft konkrete Betrachtungsweise nicht in der Abstraktion von allen Unterschieden, sondern im Gegentheil in der Anerkennung und Durchführung derselben. Wird dann auf die oben näher gezeigte Weise eine Stufenfolge von der Miturheberschaft mittelst einfacher Anstiftung an bis zum Komplott hinauf anerkannt und jeder besonderen Form ihr eigenthümliches Recht angethan, so schließt das keineswegs noch eine weitere Beachtung specieller Schärfungs- oder Milderungsgründe innerhalb der einzelnen Formen, noch viel weniger die Einsicht aus, daß die verschiedenen Formen neben einander, ja daß neben ihnen auch kulpose Urheber und Gehilfen in jeder Form vorkommen können. — Die Behauptung von Abegg, daß im Komplott nicht nothwendig eine gegenseitige Anstiftung liege, ist auch, wie es scheint, von Wächter I. S. 151. gebilligt, sofern er beim Komplott gar keine Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen, mithin wenigstens keinen specifischen Unterschied zwischen Komplott und zufälliger doloser Miturheberschaft anerkennen

Digitized by Google

will. Indeſſen wird dadurch doch Wächter's Anſicht vom Komplott nicht ſo vag, wie die von Abegg, da jener wenigſtens für die unverabredete doloſe Miturheberſchaft die oben vorgetragenen Grundſätze durchaus anerkennt. Daß er aber Unrecht habe, wenn er am Komplotte überall nichts Beſonderes ſehen will, das wird ſich im Folgenden noch näher ergeben.

3) Mit Recht ſtellen ſich die Meiſten in die Mitte zwiſchen beiden Extremen, wobei denn freilich wieder allerlei Modifikationen vorkommen. Den Hauptpunkt hebt Stübel Thatbeſtand [1]) §. 61. ff. treffend heraus, wenn er ſagt, das Eigenthümliche beim Komplott beſtehe darin, daß einer ohne das gemeinſchaftliche Intereſſe und die Mitwirkung des Andern zu Unternehmung eines Verbrechens nicht hinlänglichen Muth gehabt und ohne deſſen Konkurrenz die wirkliche Vollbringung deſſelben nicht gewagt haben würde. Daſſelbe wird auch von Kleinſchrod I. §. 178. anerkannt und richtig ausgeführt. Nur befinden ſich beide mit ihrer einſeitig objektiven Vorſtellung von der Urheberſchaft in Verlegenheit, und fügen deshalb unrichtige Modifikationen bei. So behauptet Kleinſchrod, jeder Komplottant müſſe Urheber ſeyn, d. h. in jedem müſſe, auch ſeiner phyſiſchen Thätigkeit nach, eine vorzügliche oder Haupturſache für die Exiſtenz des Verbrechens liegen [2]). Es iſt klar, daß damit gerade der praktiſche Haupt-Effekt des Komplotts preisgegeben wird, obgleich der Behauptung von dem objektiven Standpunkt aus Kon-

---

1) Freilich ſagt Stübel in der ſpäteren Schrift geradezu das Gegentheil.

2) ſ. übrigens denſelben im N. Arch. IV. S. 329. ff. vgl. Schirach ebend. I. S. 521.

Digitized by Google

sequenz nicht abzusprechen ist. Mit Recht wird nun dieselbe von Stübel §. 62. Anm. angegriffen, und eben das als eigenthümliche Wirkung des Komplotts herausgehoben, daß es jeden Theilnehmer, der auch nur im Geringsten bei der wirklichen Ausführung des Verbrechens sich thätig zeige, für das Ganze, namentlich betreffenden Falls für das vollendete Verbrechen verantwortlich mache. Dabei ist es nur wieder wunderlich, wenn Stübel sagt, das praktische Interesse des Komplotts beziehe sich nur auf die entfernte und die Nebentheilnahme, da es bei naher und voller Theilnahme des Komplotts gar nicht bedürfe, um den Begriff der Miturheberschaft hervorzubringen. Allerdings ist hieran etwas Wahres, nämlich dies: daß auch ohne Komplott physische Miturheberschaft entstehen könne; allein das Schiefe in der Behauptung Stübels liegt darin, daß hier die Begründung der Miturheberschaft in der Art der physischen Thätigkeit gesucht wird, während sie doch immer und überall nur darin liegen kann, daß jeder sich selbst als Zweck des Verbrechens und die Theilnehmer als seine Mittel setzt. Dagegen muß allerdings das Princip, welches für die unverabredete dolose Miturheberschaft gilt, auch beim Komplott jedenfalls zur Anwendung kommen, weil hier der gleiche Grund vorhanden ist; und der Unterschied besteht nur darin, daß beim Komplott alle Theilnehmer Miturheber des vollendeten Verbrechens sind, sobald sie nur an der Ausführung des Verbrechens irgend welchen Antheil genommen haben, — während bei der unverabredeten Theilnahme der eine bloß wegen Versuchs verantwortlich seyn kann, indessen einem Andern das vollendete Verbrechen zugerechnet werden muß. Eben dieser Unterschied hat seinen Grund in dem Momente, wodurch sich

Digitized by Google

das Komplott vor der zufälligen Miturheberschaft auszeichnet, d. h. in dem darin liegenden Verhältnisse wechselseitiger Anstiftung [1]). Nur darf freilich dieses Moment nicht so ausgebeutet werden, wie es durch Feuerbach und Grolman geschieht. Vielmehr zeigt hier Stübel sehr gut, daß der physisch gar nicht wirksame Komplottant nur wegen Versuchs verantwortlich seyn könne [2]). Zu weit geht aber letzterer wieder, wenn er S. 63. behauptet, ein Mitverschworener, der eine Hilfe erst nach der That zu leisten sich anheischig gemacht habe, müsse für das vollendete Verbrechen einstehen, auch wenn dasselbe entdeckt worden sei, ehe er sein Versprechen erfüllen konnte, ja selbst dann, wenn er nach der That die Erfüllung seines Versprechens verweigerte [3]). Denn im erstern Falle ist kein Grund vorhanden, einen solchen Theilnehmer anders zu behandeln, als andre physisch nicht wirksam gewordene Komplottanten, im zweiten aber ist der Grundsatz von der Unwirksamkeit zu spät kommender Reue relativ falsch angebracht; d. h. die nun erst erfolgende Verweigerung der zugesagten Hilfe kann allerdings den bereits gestifteten Schaden, der in der Begehung des Verbrechens durch die übrigen liegt, nicht mehr aufheben; da nun hiefür dem fraglichen Komplottanten ein strafbarer Konat in Aufrechnung kommt, so kann das jetzt erfolgende freiwillige Abstehen dieſe Strafe nicht mehr absorbiren. Wohl aber muß es die weitere Strafe tilgen, die den Kom-

1) vgl. Kitka a. a. O. S. 132.

2) vgl. Kleinschrod I. §. 181.

3) vgl. Schirach a. a. O. S. 525—527, der aber auf der andern Seite zu weit geht, wenn er die vorher zugesagte Begünstigung ganz vom Komplotte ausschließt, s. dagegen Cucumus N. Arch. XIV, S. 3—5.

plottanten bei wirklicher Erfüllung seines Versprechens getroffen haben würde und welche keine andere gewesen wäre, als die Strafe des vollendeten Verbrechens. Eben so geht Stübel auch darin zu weit, daß er §. 64. behauptet, wer bei einem Verbrechen Wache stehe, der müsse stets Miturheber seyn und zwar Komplottant, und, auch wenn er es läugne, sei er aus der That für überführt zu achten. Endlich fehlt er darin, daß er zwischen dem Anstifter des Komplotts und den gemeinen Komplottanten nicht unterscheidet, während dies von Kleinschrod I. S. 314. geschieht [1]). — Wenn nun oben gesagt ist, die nicht wirksamen Komplottanten, sowie die Komplottanten überhaupt im Fall einer zufällig vereitelten Unternehmung seien wegen Versuchs verantwortlich, während auf den Anstifter des Komplotts die gewöhnlichen Grundsätze über wirksame Anstiftung, übrigens mit einer Modifikation, anzuwenden seien, — so rechtfertigt sich dies Alles aus den früher angeführten Grundsätzen über Miturheberschaft, die im Komplott nur in eine neue Kombination treten. Daß nämlich a) die physisch nicht wirksamen Komplottanten [2]) stets bloß wegen Versuchs verantwortlich sind und zwar wegen nicht beendigten, das Verbrechen mag von den Uebrigen physisch versucht oder ausgeführt worden seyn, das folgt daraus, daß in dem Komplott eine, jedoch nicht vollkommene, wechselseitige Anstiftung liegt. Eben daraus folgt b) daß [3]), wenn die Ausführung durch blo-

1) Stübel Theilnahme ꝛc. S. 31—38 stellt sich der Feuerbachischen Ansicht extrem gegenüber, indem er alle intellektuelle Einwirkung beim Komplott abläugnet.

2) Casse de auct. del. intell. §. 14. Andre sprechen hier von intellektueller Beihülfe. z. B. Bauer Abh. I. S. 447. Kleinschrod N. Arch. IV. S. 337.

3) Henke I. S. 175. 276. Heffter §. 86. spricht von Beihilfe.

Digitized by Google

ßen Zufall verhindert wird, ſämmtliche Komplottanten wegen Verſuchs haften. Denn es kann [1]) von ihnen der Satz nicht gelten, der von dem wirkſamen Anſtifter in ſolchem Fall gilt, eben weil ihre Anſtiftung nicht als eine vollkommene zu betrachten iſt. Daß endlich c) der Anſtifter im e. S. auf die angef. Weiſe zu behandeln iſt, bedarf wohl keines weiteren Beweiſes; die hinſichtlich ſeiner gemachte Ausnahme aber, d. h. daß er im Fall des zufällig vereitelten Unternehmens nicht ſtraflos bleibt, rechtfertigt ſich eben durch das unter b) Bemerkte. Da nämlich in ſolchem Falle die angeſtifteten gemeinen Komplottanten ſelbſt wegen Verſuchs haften, die Verſchuldung des wirkſamen Anſtifters aber mit der des Angeſtifteten ſtets parallel geht, ſo folgt das Geſagte ganz einfach [2]). — Von ſelbſt verſteht ſich ſchließlich, daß der Begriff des Komplotts auf diejenigen Verbrechen keine Anwendung leidet, die ſchon ihrer Natur nach die Mitwirkung mehrerer Perſonen erfordern [3]). —

Zu einer von allen bisher angef. abweichenden Behandlung des Komplotts wird durch ſeine eigenthümliche Anſicht über Theilnahme überhaupt Luden geführt. Abh. II. S. 351. n. 1. 367—380. Zwar das giebt er richtig an, daß die nicht phyſiſch wirkſamen Theilnehmer bloß wegen Verſuchs verantwortlich ſeien; aber ſein Grund dafür iſt unrichtig, da er aus demſelben auch die falſchen Folgerungen zieht, daß der Anſtifter des Komplotts gleichfalls nur wegen Verſuchs hafte und daſſelbe von ſolchen phyſiſch wirkſamen Komplot-

1) vgl. Kleinſchrod I. S. 313. Heffter §. 87. n. 2. Bauer Abh. I. S. 445. 446. Zirkler n. Arch. 1839. S. 449—452.

2) vgl. Heffter §. 86. n. 5.

3) Henke I. S. 278. n. 23. vgl. noch Bauer Abh. I. S. 440—444.

tanten gelte, die nur Nebenhandlungen verrichten, — ganz abgesehen davon, daß nach seiner Auffassung das Verhältniß des Urhebers zu einem bloßen Gehilfen und das des einen Komplottanten zum andern geradezu unter Einen Gesichtspunkt gebracht wird. S. 377. n. 1. finden sich dann freilich Bemerkungen, die das im Text Ausgeführte großentheils wieder umstoßen und der richtigen Ansicht nahe kommen.

Noch verdienen zwei praktische Fragen Erwähnung: 1) ob auch eine stillschweigende Verabredung als genügend anzunehmen sei? 2) ob die Zusage einer bloßen Nichtverhinderung hinreiche? — ad 1) diese Frage wird von Vielen verneint, z. B. von Kleinschrod I. §. 180, Grolman §. 34, Henke I. S. 275 ꝛc., dagegen von Andern bejaht, so von Heffter §. 86. n. 2. Luden a. a. O. S. 351. n. 1. Man muß sich aber wohl für die letztere Ansicht erklären. Denn das, was anderen Arten der Miturheberschaft gegenüber die Eigenthümlichkeit des Komplotts ausmacht, d. h. daß Mehrere, deren jedem das Verbrechen für sich selbst Zweck ist, sich zu gemeinschaftlicher Begehung desselben vereinigen, und eben durch diese Vereinigung sich wechselseitig anzustiften suchen, setzt keineswegs einen ausdrücklichen Vertrag voraus, sondern es genügt jede Form, in welcher sich überhaupt Menschen ihre Entschlüsse mittheilen können. Dies findet sich, in näherer Beziehung auf das Wirtemb. Strafgb. bei Hufnagel Komment. III. S. 94—96 gut ausgeführt. Wenn übrigens dort bemerkt wird: wenn der Entschluß bei der sich zeigenden Gelegenheit in demselben Augenblicke bei Mehreren entstehen könne, so werde er auch von dem einen in der Seele des andern gelesen, — so würde es wohl unrichtig seyn, wenn damit gesagt werden wollte, dies könne auch bei einem

zufälligen Zusammentreffen mehrerer dolosen Urheber geschehen, so daß jedes solche, auch durch den Zufall veranlaßte, Zusammenwirken sofort den Typus des Komplotts annehmen müßte. Vielmehr wird beim Komplott stets eine der Ausführung des Verbrechens vorangehende Willensmittheilung vorausgesetzt werden müssen, weil nur hiedurch das Verhältniß wechselseitiger Anstiftung entstehen kann, welches die specifische Eigenthümlichkeit des Komplotts ausmacht. In der That liegt dies auch in der gewöhnlichen Definition des Komplotts, die sich weder mit dem gleichen unmittelbaren Interesse der Einzelnen, noch mit der gemeinschaftlichen Begehung der That begnügt, sondern als wesentlich noch weiter eine Verabredung hiezu, d. h. jedenfalls eine solche gegenseitige Willensmittheilung fordert, wodurch jeder gegenüber den übrigen als Anstifter erscheint [1]). Wäre dem nicht so, hätte man vielmehr bei jedem, auch zufälligen, Zusammentreffen mehrerer dolosen Urheber ein ertemporirtes Komplott anzunehmen, so würde man auch solche, deren Akte der Vollendung des Verbrechens erst nachfolgten, als Miturheber des vollendeten Verbrechens zu bestrafen haben, ja sogar solche, welche überall nicht mit Hand anlegten, was offenbar eine durch nichts zu rechtfertigende Härte wäre. Auch scheint die weitere Bemerkung nicht sonderlich praktisch zu seyn, daß die stillschweigende Eingehung des Komplotts Schwierigkeiten mache, wenn dieselbe Handlung auf ein leichteres oder schwereres Verbrechen, z. B. Realinjurie oder Körperverletzung oder Tödtung gerichtet seyn könne. Denn in solchen Fällen wird die Erfahrung wohl immer das Ergebniß liefern, daß gemäß

1) S. z. B. Visini a. a. O.

Digitized by Google

der Natur dieſer Fälle das Komplott, wenn je ein ſolches anzunehmen iſt, überall nur hinſichtlich des leichteren Verbrechens anzunehmen iſt, weil die ſchwerere Rechtsverletzung nur zum Verſehen oder zur indirekten Abſicht zuzurechnen ſeyn wird. ad 2. Wie oben angeführt wurde, verlangt Kleinſchrod zum Komplott, daß die Haupthandlung gemeinſchaftlich begangen werden wolle, und zwar ſo, daß jeder Theilnehmer Haupturſache der Exiſtenz des Verbrechens zu werden ſich anheiſchig mache. Mit Recht aber finden die Meiſten dieſe Beſtimmung viel zu eng, wie denn Stübel (ſ. oben) ſogar auf das entgegengeſetzte Extrem hinausgeht. Bei Hufnagel a. a. O. II. S. 513—518 findet ſich die Frage: ob die Zuſage einer negativen Unterſtützung (natürlich das unmittelbare Intereſſe an dem Verbrechen vorausgeſetzt) ein Komplott begründe? von einem Kreisgerichte und von dem Obertribunale auf entgegengeſetzte Weiſe entſchieden, ſofern erſteres ſie bejaht, letzteres ſie verneint. Erſteres ſcheint aber Recht zu haben, indem es ſich darauf beruft, daß die für gleichmäßige Beſtrafung der Theilnehmer bei der Haupthandlung ſelbſt geltenden Gründe auch für gleichmäßige Beſtrafung komplottmäßiger Theilnehmer vor der That ſprechen, wie denn nicht nur die Praxis des gemeinen Rechts, ſondern auch das Wirtemb. Strafgb. und zwar in Uebereinſtimmung mit den übrigen neueren Geſetzgebungen für dieſen Satz ſpreche. Als bloßer Urheber eines Verſuchs könne offenbar nur derjenige Komplottant erſcheinen, welcher an der Ausführung auf keine Weiſe Theil genommen, d. h. ſein Verſprechen überall nicht erfüllt und auch nicht einmal durch ſeine Gegenwart ſich zur Erfüllung bereit gezeigt habe. Das Obertribunal führt ſeinen Gegenbeweis nur aus formellen Gründen (den Motiven des

Gesetzbuchs), die aber dem Inhalt nach unrichtig sind, da ihnen die Ansicht zu Grunde liegt, daß über die Annahme von Urheberschaft und Beihilfe nicht das unmittelbare Interesse an der That, sondern die größere oder geringere physische Thätigkeit entscheide, eine Ansicht, die keineswegs als die des Wirtemb. Strafgb. gelten kann [1]). Vielmehr spricht dieses Gesetzbuch im Wesentlichen ganz die oben aufgestellten Grundsätze aus, und als eine Inkonvenienz erscheint dabei nur, daß auf die physisch nicht wirksamen Komplottanten ganz in abstracto die Begriffe des beendigten und nicht beendigten Versuchs angewandt werden, so daß für den Fall, wo das Verbrechen durch die Uebrigen bloß zum Versuche gedieh, eine Lücke im Gesetz besteht. s. Hufnagel a. a. O. I. S. 170.

§. 151.

Eben weil das Komplott auf dem Verhältnisse gegenseitiger und deshalb nicht vollkommener Anstiftung beruht, kann bei ihm von den über die Anstiftung und ihren Versuch geltenden Grundsätzen (§. 147. 148), ausser dem bereits §. 150 Angegebenen nur dies Anwendung finden: a) daß der freiwillige Rücktritt des einen Komplottanten die Uebrigen nicht straflos machen kann, b) daß bei Ueberschreitungen des Verabredeten durch einen oder einige Komplottanten die Verantwortlichkeit der Uebrigen hiefür sich gleichfalls darnach richtet, ob sie als Folge der Verabredung vorausgesehen werden konnten, resp. mußten, oder ob dies nicht der Fall war; c) daß auch die Komplottanten sich durch freiwilliges

1) Vgl. Bair. Gb. Art. 50. Bad. Entw. Art. 110. — Das Sächs. Gb. dagegen stellt die ausdrückliche und stillschweigende Uebereinkunft gleich und befolgt überhaupt den einseitig objektiven Gesichtspunkt. Art. 33 ff.

Digitized by Google

Zurücktreten von der Verantwortung befreien können; ganz nämlich dann, wenn sie die Ausführung des Verbrechens durch die Uebrigen verhindert oder die Staatsgewalt von der sträflichen Unternehmung rechtzeitig in Kenntniß gesetzt haben; der Anstifter im c. S. bloß theilweise, wenn er nur einfach zurücktrat, ohne dadurch die Verhinderung des Verbrechens zu bewirken.

Anm. — Eine eigenthümliche Strafskala enthält in Beziehung auf den Punkt c) das Wirtemb. Strafgb. Art. 81. 83. Zunächst scheint es gerechtfertigt, wenn der Anstifter des Komplotts auch im Fall des unvollständig aufgegebenen Versuchs mit schwererer Strafe bedroht wird, als die gemeinen Komplottanten im gleichen Falle. Dagegen erscheint es unpassend, wie hier die Kategorieen des beendigten oder nicht beendigten Versuchs zur Anwendung gebracht sind, und zwar doppelt unpassend, da das Gesetzbuch offenbar nur den Fall vor Augen hat, daß das Verbrechen trotz des Zurücktritts des einen oder andern Theilnehmers ausgeführt und zwar zur Vollendung gebracht worden ist. — Zugleich ist es sonderbar, daß drei Grade gemacht werden. a) Erklärung des Austritts oder Bestreben, die Uebrigen abzuhalten, b) Vereinigung dieser beiden Thätigkeiten, c) Anzeige bei der Obrigkeit. In der That ungerecht aber ist es, wenn die gemeinen Komplottanten nur in den Fällen b und c für straffrei erklärt werden, während sie im Fall a die Strafe des nicht beendigten Versuchs treffen soll [1]). Vielmehr kann aber nur der Anstifter dafür verantwortlich gemacht werden, wenn das Verbrechen trotz seines Rücktritts ausgeführt wurde, aus den §. 148 angef. Gründen. Dagegen passen eben diese

1) S. dagegen auch Mittermaier n. 4 zu Feuerbach. §. 47.

Gründe nicht auch auf die gemeinen Komplottanten, denen überall keine vollkommene Anstiftung zur Last fällt, wie dies denn auch von Zachariä II. §. 268 richtig ausgeführt ist [1]). Von selbst versteht sich die Strafloſigkeit Aller, wenn Alle zuſammen von dem Unternehmen freiwillig wieder abſtehen.

II. Materielle Zurechnung.

§. 152.

Dem formellen Charakter der Handlung gegenüber, als der allgemeinen Qualität und einfachen Form derſelben für die beliebige Mannigfaltigkeit ihres Inhalts, macht (§. 113) das Subjekt, als in ſich reflektirtes, ſomit gegen die Objektivität Beſonderes, ſeinen eigenen Zweck, ſeine materielle Abſicht in der Handlung geltend, und es iſt das Weſen der ſubjektiven Freiheit, in der Ausführung dieſes Zwecks ihre Befriedigung zu finden, welche an den ſubjektiven Neigungen, Intereſſen, Trieben ꝛc. ihren Stoff, und als Totalität das Wohl des Subjekts zum Reſultate hat. Indem nun handelnd der ſubjektive Wille ſich in poſitive Beziehung zu dem Willen andrer Subjekte ſetzt, ſo kann er ſein Wohl auch in der Beförderung des Wohls des Anderen ſuchen. Mit dieſen ſeinen Zwecken verhält ſich aber der beſondere Wille zunächſt indifferent gegen das Recht, und ſein Recht iſt, in der Sphäre der Objektivität nur nach ſeinen formellen Abſichten beurtheilt zu werden. Indem er aber das formelle Recht zu ſeiner Schranke hat, ſo wird nun auch innerhalb dieſer Schranke ſein Wohl für ihn ſelbſt zum Rechte.

---

1) Vgl. Bauer Abh. I. S. 446. ſ. indeſſen auch Cucumus N. Arch. XIV. S. 6—8.

Digitized by Google

Anm. — Die materielle Absicht macht eine höhere Stufe der Freiheit aus, als die formelle, weil im Inhalte der Handlung das Innere des Handelnden auf intensivere Weise ausgedrückt ist. Andrerseits macht aber auch ihre Besonderheit gerade ihre Endlichkeit und Beschränktheit aus, indem sie dadurch in den unendlichen Progreß der Absichten geräth, dessen letztes Resultat die ganz formelle Allgemeinheit des Wohls oder der Glückseligkeit ist [1]). — Hier ist nun übrigens wieder ein Hauptpunkt, in welchem die abstrakte Substantialität der Hegel'schen Betrachtungsweise verlassen werden muß. So viel Gutes er auch bei dieser Gelegenheit über die Misère der egoistischen Moralität, die sich gegen das Sittlichallgemeine aufspreizt, vorbringt, so enthält doch seine ganze Darstellung ein doppelt Schiefes, indem er 1) das gesammte moralische Verhalten des Menschen bloß als einen Abbruch von der natürlichen Sittlichkeit, als falsche Freiheit und Quelle des Bösen behandelt, 2) aber, was noch viel schlimmer ist, als die Gesammtheit des sittlichen Wesens den im Staate objektiven Geist aufstellt, so daß alle Tugend konsequenter Weise in der ordonnanzmäßigen Rechtschaffenheit eines honetten Bürgers aufgehen muß. — Der erstere Punkt gehört nun nicht hierher; was aber den letzteren betrifft, so ist schon oben bemerkt worden, daß in die Rechtsphilosophie überall nicht das Subjekt als solches mit seiner Freiheit gehöre, sondern nur das Subjekt, soweit es Person, Mitglied der menschlichen Gemeinschaft, Atom in der socialen Koexistenz ist. Das Wohl des Menschen tritt daher auf den Boden des Rechts eben nur in soweit, als es Wohl der Person ist. Insoweit aber ist

1) Hegel §. 122 123. Michelet S. 102—106.

es, was Hegel nicht gelten lassen will, ein durchaus wesentlicher Faktor in der Genesis des Staats, der selbst gar nichts anderes ist, als die vollständige Vermittlung des Rechts mit dem Wohle, der Allgemeinheit des objektiv existirenden Willens mit seiner Besonderheit. In den Umkreis dieses persönlichen Wohls fällt allerdings neben dem äusseren auf relative Weise auch das innere Wohl des Menschen, so nämlich, daß es nicht nur, soweit es sich mit dem formellen Rechte verträgt, seine Geltung im Staate, sondern in gewissen Sphären (Kirche, Schule, nationales Kunstleben) selbst seine positive Verwirklichung durch den Staat, aber eben nur in der Weise verlangt, daß diese Verwirklichung nicht als eine eigenthümliche Produktion des Staats erscheinen darf, sondern ihr Princip ausserhalb seines Gebietes haben muß. Wenn nämlich Sittlichkeit überall nichts anders heißt, als die Vermittlung des Wesens des Willens mit seiner Erscheinung, so muß die objektive Sittlichkeit gerade in der Vermittlung des Rechts mit dem besondern Willen, d. h. mit dem Willen des Menschen als eines Besonderen neben anderen Besonderen, eines Mitglieds der Gesellschaft, einer mit anderen Personen koexistirenden Person bestehen. Indem das Recht seinem Begriffe nach diese Einheit ist, so muß der Staat, als der Organismus der Rechtsidee, einerseits die abstrakte Allgemeinheit des Willens, das formelle Recht, andrerseits die abstrakte Besonderheit des Willens, das materielle Wohl der freien Persönlichkeit zu seinen Faktoren haben. Soll der Staat wahrhaft ein sittliches Wesen seyn, so darf dieses Wohl nicht bloß, wie bei Hegel, eine transitorische Bestimmung bleiben, die sofort zur Accidenz an der Staatssubstanz herabgesetzt wird, sondern das Subjekt muß freie Person

bleiben, und nicht nur dem Namen nach, ſondern auch in wirklicher Geltung, d. h. ſo ſehr Recht und Staat als Selbſtzweck anzuerkennen ſind, ſo gewiß muß auch erkannt werden, daß ſie für den Menſchen, für ſein Intereſſe und Wohl da ſind, — eine Beſtimmung, woraus ſich ſofort im Gebiete des öffentlichen Rechts eine Reihe von Konſequenzen entwickelt, welche der Hegel'ſchen Rechtsphiloſophie fremd geblieben ſind. Obgleich nun übrigens Hegel[1]) es einerſeits einen Mißgriff der Abſtraktion nennt, „das Privatrecht und Privatwohl als an und für ſich gegen das Allgemeine des Staats geltend zu machen", ſo giebt er doch andrerſeits zu[2]), daß „das Recht der Beſonderheit des Subjekts, ſich befriedigt zu finden, d. h. das Recht der ſubjektiven Freiheit den Wende- und Mittelpunkt in dem Unterſchiede des Alterthums und der modernen Zeit ausmache." Mit dieſem Rechte muß denn nun auch Ernſt gemacht, es muß nicht bloß bei dem ſpinoziſtiſchen Rechte des Wiſſens belaſſen werden. Allerdings war es der politiſche Segen des Chriſtenthums, daß durch daſſelbe Alle zur Freiheit berufen worden ſind. Aber auf dem Boden des Staats, ſelbſt deſſen, der mit ſpecifiſcher Chriſtlichkeit prunkt, iſt dies noch keineswegs in allen Folgerungen anerkannt. Dagegen kann keine Rechts- und Staatstheorie mehr ein Fundament ſuchen, worin es nicht anerkannt wäre, daß der Menſch auch im Staate Selbſtzweck ſei. Hier iſt denn auch der ſubjektive Idealismus in ſeinem Rechte, der nur darin fehlte, daß er die beſondere Freiheit ſelbſt als Subſtanz, Recht und Staat daher nur als Produkt ihres Beliebens ſetzte. Vielmehr

---

1) §. 126 Anm. a. E.

2) §. 124 Anm.

muß aber, sosehr einerseits das Wohl der Person als wesentlicher Faktor in der Genesis des Staats anerkannt wird, ebenso andererseits auch der Punkt aufgezeigt werden, wo dieses Wohl selbst die Unmöglichkeit seiner isolirten Befriedigung inne wird und seinerseits das Recht als ein substantiell an und für sich Seiendes, den Staat als mütterlichen Lebensgrund des Menschen fordert. Allein eben, damit erhelle, was der Staat dem Menschen zu leisten hat, muß zuvörderst das Recht der freien Besonderheit erwogen werden, das freilich, wie schon angedeutet, seine Realisirung im Staate zunächst nur in Beziehung auf das äussere Wohl und nur relativ auch in Beziehung auf das innere fordert. — Daß nun überall der Mensch ein Recht habe, sein Wohl zu suchen, — wovon diese ganze Erörterung anheben muß, — dafür liegt der Grund in dem im §. a. E. Gesagten. Das formelle Recht, d. h. der abstrakt allgemeine Wille in der objektiven Sphäre, enthält keine Gebote, sondern Verbote, es ist hiemit nur negative Schranke für die Freiheit des besondern Willens. Denn, was nicht verboten ist, das ist erlaubt; was aber erlaubt ist, das ist im Rechtsgebiete selbst ein Recht, aus welchem sofort Forderungen entspringen, die Erfüllung finden müssen.

§. 153.

Indem nun der besondere Wille mit dem Inhalt seines Wohls sich in sich reflektirt, so setzt er sich eben damit unterschieden von dem allgemeinen Willen als solchen, dem er mithin entsprechen, aber auch nicht entsprechen kann. Da aber in der Sphäre des objektiven Geistes das angemessene Dasein des Willens allein als Identität seiner Allgemeinheit und seiner Besonderheit, d. h. als Recht ist, so ergiebt sich,

Digitized by Google

daß keine materielle Absicht jemals eine widerrechtliche Handlung rechtfertigen kann.[1])

Anm. — Man hat nicht nur, wie Hegel andeutet, auf dem Theater, sondern auch im Leben oft genug durch moralische Absichten (gute Absichten für eigenes und fremdes Wohl) widerrechtliche Handlungen zu rechtfertigen gesucht. Ja, solches geschieht noch täglich, und um so gewisser, je seltener die Bildung ist, welche in dem Vollbringen des Nothwendigen die wahre Freiheit erkennt, je häufiger vielmehr die Menschen „die Verwirklichung solcher moralischen Absichten dem Rechtthun vorziehen (z. B. lieber Geschenke machen, als Schulden bezahlen), aus dem sehr natürlichen Grunde, daß im Rechtthun weiter kein besondres Verdienst zu liegen scheint, weil der Mensch sich dabei nicht nach seinem eigenthümlichen Charakter geltend machen kann, sondern sich einem an und für sich seienden Gesetze anschließen muß[2])." Besonders häufig kommen Tödtungen aus Mitleid, Liebe ꝛc. vor, um geliebte Personen vor den Gefahren und Leiden des Weltlebens zu sichern. — Der im §. angegebene Grundsatz ist übrigens in der Doktrin und der Gesetzgebung anerkannt[3]).

§. 154.

Nicht nur ist aber das Wohl des besondern Willens, soweit es die Verbote des formellen Rechts nicht verletzt, selbst ein Recht, sondern es ist sogar berechtigt, im Falle der Kollision seiner Totalität mit dem bloßen Eigenthums-

---

1) Hegel §. 126. Michelet S. 158. 159.

2) Michelet a. a. O. S. 158.

3) Vgl. Oersted Grundregeln S. 232. Heffter §. 62. 63. Bair. Gb. Art. 39. Wirt. Gb. Art. 55. Sächs. Gb. Art. 68.

rechte dem letzteren als Nothrecht vorzugehen, weil die Totalität des Wohls, das Leben, mit dem Dasein der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit überhaupt in Eins zusammenfällt, mithin in dem Kollisionsfall die Verletzung des gesammten Daseins der Freiheit der Verletzung eines bloß beschränkten Daseins derselben gegenüber steht. Sollte nun das letztere auf Kosten des ersteren erhalten werden, so wäre mit diesem auch der Grund jenes Daseins negirt, während umgekehrt durch die Anerkennung des Nothrechts die Rechtsfähigkeit überhaupt, sonach auch die Rechtsfähigkeit des in seinem Eigenthum Verletzten ihre Anerkennung erhält [1]).

Anm. — Das Wohl als Totalität der Zwecke des besondern Willens, in seine Spitze zusammengefaßt, ist das Leben. Andrerseits ist aber das Leben auch der Inbegriff der Rechte der Person, in seine Spitze zusammengefaßt. In ihm fällt also beides zusammen; es ist die Fähigkeit und der Träger von beidem. Deshalb kann sich in Kollision mit dem Leben kein andres, minder umfassendes Recht behaupten. Denn, geschähe dies, so wäre mit dem Leben die ganze Freiheit im Dasein negirt, mithin auch die Möglichkeit jenes beschränkteren Rechts. Da nun im Leben die ganze Persönlichkeit liegt, so kann nicht eine Seite der Persönlichkeit auf Kosten des Ganzen sich erhalten wollen, weil sie sich selbst dadurch ihr Fundament nehmen würde. Das Recht im Eigenthume des A muß daher zurücktreten gegen das Recht im Leben des B. Eben damit geschieht nun aber das Weitere, daß auch in dem Eigenthume des A nicht das Recht selbst, sein Fundament, sein Allgemeines, negirt wird. Vielmehr gerade in der Erhaltung der Persönlichkeit des B, also in der Erhaltung dessen, was die gesammte

1) Hegel §. 127. Michelet S. 159 ff. Wirth I. S. 109.

Rechtsfähigkeit ausmacht, liegt es, daß das Daſein des Rechts, wie in der Perſönlichkeit überhaupt, ſo auch in ihren beſondern Seiten (dem Eigenthum ꝛc.) ein Subſtantielles ſei. Umgekehrt ſtellt ſich die Sache auch ſo, daß nur das partikuläre Wohl des A dem Geſammtwohl, d. h. dem Daſein der Totalität des Rechts in der Perſönlichkeit des B zum Opfer gebracht wird. Denn nur das beſtimmte Eigenthum des A wird negirt, nicht das Allgemeine daran. Man kann daher andrerſeits wieder ſagen, daß das partikuläre Wohl und Intereſſe des beſondern Willens nicht gegen das Recht ſich behaupten dürfe, welches im Leben abſolut verletzt wäre. — Hat aber das Leben, als Exiſtenz der unendlichen Idee, einen unendlichen Werth und ſetzt deshalb alles Eigenthum als accidentell gegen ſich, ſo folgt daraus, daß, wo Leben mit Leben kollidirt, keineswegs dieſelbe Entſcheidung gegeben werden, d. h. daß hier von einem Nothrechte nicht die Rede ſeyn kann.

Wie die Geſetze[1]), ſo beſchränken ſich auch die älteren Kriminaliſten darauf, von einem Nothrecht nur im Falle der Kolliſion zwiſchen Leben und Eigenthum zu reden[2]). Und zwar berufen ſie ſich darauf, daß an ſich jeder Menſch ein Recht auf gleiche Theilnahme an allen irdiſchen Gütern habe, und der Vertheilung des Eigenthums die ſtillſchweigende Bedingung zu Grunde liege, daß man daran im Nothfalle nicht gebunden ſei; oder auch darauf, daß der Menſch urſprünglich und weſentlich das Recht der Selbſterhaltung habe und daß

---

[1] Cap. 3. X. de furt. (5. 18.) PGO. Art. 166. 175.

[2] Böhmer Medd. ad Art. CCC. 166. §. 1. Vgl. Hugo Grot. de j. belli II. 2. §. 6 ff. und noch v. Zeiller in Wagners Zeitſchr. 1825 I. S. 103—110.

daher im Nothfalle zu dem nothwendigen Zwecke auch das Recht auf die nothwendigen Mittel (fremdes Eigenthum) zustehen müsse. Diese im Wesentlichen richtige, wenn auch ungeschickt begründete Ansicht wurde jedoch von der kritischen Philosophie verlassen. 1) Kant [1]), freilich in starkem Widerspruch mit seiner Strafrechtstheorie, dagegen allerdings im Einklang mit seiner Grundansicht über das Recht, stellte die Behauptung auf: es könne keine Noth geben, welche das, was unrecht sei, gesetzmäßig machte. Kollidire aber Leben mit Leben, so sei der, welcher den Andern tödte, allerdings straflos, es könne kein Strafgesetz gegen ihn geben, denn die durch das Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer seyn, als die des Verlusts des Lebens; nun könne ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben, denn die Bedrohung mit einem Uebel, das noch ungewiß sei, könne die Furcht vor einem gewissen Uebel nicht überwiegen. Begreiflich wurde diese Auffassung besonders von Feuerbach aufgegriffen, in dessen System sie ganz vorzüglich paßte. Die Bestimmung ward aber von ihm mehr und mehr verallgemeinert [2]), und zwar dahin, daß überhaupt Zwang, und besonders psychologischer Zwang, die Zurechnung aufhebe, sofern er das Bewußtsein des Strafgesetzes, und eben damit auch die Wirksamkeit desselben auf das Begehren aufhebe. Jedes in solchem Zustande begangene Verbrechen soll unzurechenbar seyn, sei nun die That im Zustande vorhandner Qualen (Folter, Hungersnoth ꝛc.), denen gewöhnliche menschliche Standhaftigkeit nicht gewachsen sei, als einziges Mittel, die-

1) Metaph. Anfangsgr. der Rechtslehre. Einleitung S. 41. 42.
2) Lehrb. §. 91 (früher §. 89).

ſelben zu entfernen, oder bei gegenwärtiger dringender Gefahr für das Leben oder ein andres unerſetzliches perſönliches Gut als einziges Rettungsmittel verübt [1]). Auffallend iſt, daß faſt alle neueren Geſetzgebungen, obgleich ſie die Tendenz zum Abſchreckungsprincip nicht Wort haben wollen, doch im Weſentlichen dieſe Argumentation Feuerbachs aufgenommen haben, die doch eben nur auf das Abſchreckungsprincip gebaut iſt [2]). Freilich ſind aber auch mehrere Schriftſteller in demſelben Falle, die, obgleich ſie einſehen, daß der pſychiſche Zwang eine Willensbeſtimmung übrig läßt, gleichwohl die Unzurechenbarkeit der Handlung vertheidigen, weil eine Geſetzgebung, die zuviel Heroismus von ihren Bürgern fordre, auf keine Wirkſamkeit rechnen dürfe [3]). Zunächſt iſt klar, daß von Unzurechenbarkeit hier gar keine Rede ſeyn kann, ſondern nur von aufgehobener oder verminderter Strafbarkeit; denn nur die ſtrenge Abſchreckungstheorie kann in ſolchen Fällen ernſtlich von mangelnder Freiheit ſprechen, während Roſſi, Henke ꝛc. dies nicht zu thun wagen, ja ſogar durch Zugeſtändniß von Strafen im Minimum, Strafen für culpa ꝛc. die Unrechtmäßigkeit der Handlung geradezu anerkennen. Indem nun aber der wahre Fall des Nothſtands mit dem falſchen vermiſcht wird, ſo iſt man in Gefahr, auch in jenem einen bloßen Strafmilderungs-, höchſtens Strafaufhebungsgrund zu ſehen, d. h. das Nothrecht ganz zu verwerfen. Man muß daher die

1) Denſelben Grund braucht unter andern, ziemlich vagen, Argumenten auch Roſſi II. S. 212—225, nicht im Einklang mit ſeinen ſonſtigen Grundſätzen.

2) Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 91.

3) Mittermaier über den neueſten Zuſtand S. 181. Henke I. S. 335—338. Martin §. 40. n. 4. Heffter §. 40.

Fälle wohl auseinanderhalten, Kolliſion des Lebens mit einem beſchränkteren Recht, und Kolliſion von Leben und Leben. Nur in jenem findet ein Nothrecht ſtatt; in dieſem kann weder von Rechtmäßigkeit, noch von Unzurechenbarkeit der Handlung die Rede ſeyn. — Es hat daher auch 2) Fichte[1]) einen andern Weg eingeſchlagen, indem er behauptet, in allen ſolchen Kolliſionsfällen (worunter aber wohl nur die falſchen Nothſtandsfälle gemeint ſeyn können) ſei das Rechtsverhältniß überall aufgehoben, das weſentlich auf die Möglichkeit der Koexiſtenz berechnet ſei. Natürlich fällt aber dieſe Deduktion mit ihrer Grundlage. Sobald das Recht als ein Subſtantielles, nicht erſt durch die Selbſtbeſchränkung koexiſtirender freier Individuen Producirtes erkannt wird, ſo kann das gedachte Argument nicht mehr gebraucht werden. — Während nun beide angef. Deduktionen ſich ſcharfſinnig auf rechtliche Momente ſtützen, ſo iſt es dagegen ein vages politiſches Raiſonnement, wenn die Strafloſigkeit des Verbrechens in Nothfällen aus der geringen Gefahr[2]) abgeleitet wird, die dadurch für die bürgerliche Geſellſchaft hervorgehe. Indeſſen neigt ſich dieſe Anſicht doch inſoferne zum richtigen Reſultat, als ſie eher dazu führt, in dem pſychiſchen Zwange einen bloßen Strafmilderungsgrund zu ſehen. Letzteres darf auch wohl unbedenklich zugegeben werden (ſ. unten). Unter eine ganz andre Kategorie gehört dagegen das im §. deducirte Nothrecht, welches in ſeiner richtigen

---

1) Grundlage des Naturrechts, II. S. 85 ff. vgl. Gros Naturrecht, §. 40. Grolman § 23. Schröter I. S. 145. 146. Wächter I. S. 95.

2) Carmignani II. S. 230. Auch Rossi a. a. O. bringt dies Argument bei.

Begrenzung anerkannt ist von Abegg[1]), nur daß die von diesem beigegebene allgemeine Erörterung über ein höheres Gesetz, das hier den Handelnden in Schutz nehme, und unter dessen Kategorie denn auch die (gar nicht hierher gehörige) Nothwehr fallen soll, theils überflüssig, theils unbestimmt ist[2]). —

Ein unter den §. gehöriger Fall ist noch insbesondere die Tödtung eines Kindes im Mutterleibe durch den Arzt mittelst Perforation, wenn sie zur Rettung des Lebens der Mutter nöthig war. Martin[3]), erklärt hier den Arzt deshalb für straflos, weil die Mutter sich im Nothstande befinde. Dagegen macht Wächter[4]) zwei Einwendungen: a) der Nothstand der Mutter würde nur dieser selbst, nicht aber einem Dritten (dem Arzt) ein Recht verleihen, b) die Deduktion der Strafloſigkeit im Nothstande, wie sie bei M. vorkomme, führe gar nicht auf dies Resultat. Ohne Zweifel hat Wächter mit der letzteren Bemerkung vollkommen Recht, nicht so sehr aber, wie sogleich gezeigt werden wird, mit der ersteren. Er selbst sagt, wenn ein solcher Kollisionsfall eintrete, müsse man eben das Kind nicht als ein für sich bestehendes, getrenntes Rechtssubjekt, sondern als pars ventris (wie z. B. einen zu amputirenden Arm) behandeln; auch dürfte dies wohl die Ueberzeugung jedes Geburtshelfers und jedes Ehemanns seyn. — Ganz abzuweisen ist wohl die Argumentation v. Zeillers[5]), welcher meinte, daß die

1) Lehrbuch §. 107. 108. Derſ. Unterſuch. S. 107 ff. 180 ff. 279 ff. 340 ff. vgl. Oerſted R. Arch. V. S. 345 ff.

2) Darin iſt ihm Marezoll S. 67 gefolgt.

3) Lehrb. §. 115. n. 4.

4) Lehrb. II. S. 120. 121.

5) In Wagners Zeitſchr. 1825. II. S. 211—218.

Mutter sich hier im Stande der Nothwehr befinde, und insbesondere den Einwurf bekämpft, daß sich die Mutter durch den Akt der Zeugung selbst in diesen Zustand versetzt habe [1]). Was nun die beiden erstern Ansichten betrifft, so haben beide Recht und Unrecht. Martin hat, wie schon zugegeben, Unrecht in der Deduktion der Strafloſigkeit der Handlungen im Nothstand. Wächter hat Unrecht, indem er das Recht, einem Dritten, der sich im Nothstand befindet, beizuspringen, nicht zugeben will. Der Grund des Nothrechts ist nämlich ein allgemeiner, von dem sich nicht einsehen läßt, warum er nicht auch einen Dritten zum Wohle des im Nothstand befindlichen berechtigen sollte. Wenn Michelet [2]) sagt: der Handelnde dürfe nur das Dasein seiner eigenen Persönlichkeit auf Kosten fremden Eigenthums erhalten, so ist für diese Beschränkung so wenig ein Grund angegeben, als für die Erweiterung des Rechts auf den Fall, daß Weib und Kind sich im Nothstand befinden. Diese Erweiterung in Beziehung auf das Familienband findet sich auch in neueren Gesetzgebungen [3]), und bei diesen liegt der Grund dafür, daß eben nur diese Erweiterung beliebt wird, ohne Zweifel darin, daß das Nothrecht unrichtiger Weise auch für den Fall der Kollision von Leben und Leben eingeräumt wird, wo es denn freilich bedenklich wäre, das Nothrecht auch jedem Dritten im Namen des im Nothstande Befindlichen zuzugestehen. Der Grund zu dieser Besorgniß fällt aber weg, wenn das Nothrecht

1) s. Jenull ebend. 1826. I. S. 313 ff.

2) A. a. O. S. 160. vgl. Wächter I. S. 96 unter 2) und die dort Angef., s. auch Oersted Abh. II. S. 204. Mittermaier n. 3 zu Feuerbach §. 91.

3) z. B. Würt. Gb. Art. 101. Bad. Entw. Art. 77.

richtig auf den Fall beſchränkt wird, wo das Leben mit einem beſchränkteren Daſein der Freiheit kollidirt. In der That wäre denn hier auch die von den gedachten Geſetzgebungen zugelaſſene ſchmale Erweiterung des Rechts auf die nächſten Angehörigen ꝛc. von geringem Gewinn für den im Nothſtand Befindlichen, z. B. für den, der in Gefahr des Ertrinkens iſt und deſſen Rettung durch Dritte nicht ohne Eingriff in fremdes Eigenthum ſich bewerkſtelligen läßt. Vorausgeſetzt mithin, daß in der Perforationsfrage von einem Nothſtande der Mutter wirklich mit Recht geſprochen werden könne, wird Martin in der Sache Recht haben, wenn er die Ausübung des Nothrechts auch dem Arzte geſtattet. Daß nun die Mutter ſich im Nothſtande befinde, das ſcheint Wächter nicht zu bezweifeln; weil aber gegenüber der Perſönlichkeit der Mutter die Perſönlichkeit des Kindes ſteht, die doch in mehreren Beziehungen, insbeſondere durch die Verpönung des Verbrechens der Embryoktonie, von den Geſetzen anerkannt wird, ſo ſucht er ſich dadurch zu helfen, daß er eben in dem vorausgeſetzten Kolliſionsfalle dieſe Perſönlichkeit des Kindes nicht reſpektirt, vielmehr daſſelbe als pars viscerum der Mutter angeſehen wiſſen will. Daß hierin etwas Wahres liege, wird ſogleich erhellen; gleichwohl aber wird die Beſtimmung von Wächter, wie ſie vorliegt, als ein Machtſpruch abzuweiſen ſeyn. Sehr richtig ſagt Jenull, daß die Rechtfertigung der Perforation bei den Prämiſſen, wovon man dabei gewöhnlich ausgehe, ſtets mißlingen müſſe; wenn nämlich Mutter und Leibesfrucht ſich mit gleicher Perſönlichkeit gegenüber ſtänden, ſo könnte von einem Nothrechte gar nie die Rede ſeyn. Nun ſcheint aber nach dem §. bei der Perforationsfrage zunächſt der Fall des Nothſtands nicht gegeben zu ſeyn,

ſofern hier allerdings Leben mit Leben kollidirt, und wir ſcheinen uns durch unſre Vorausſetzungen gerade erſt die Sache erſchwert zu haben. Allein dies ſcheint auch nur. Denn, betrachtet man den Fall genauer, ſo wird man finden, daß in demſelben ein ganz ähnliches Verhältniß ſtattfindet, wie bei der Kolliſion zwiſchen Leben und Eigenthum. Das Leben der Mutter erſcheint nämlich als wirkliches Leben, und ihm gegenüber das des Embryo als ein bloß mögliches, oder, wie Jenull ſagt, beim Embryo ſind die Bedingungen des Erſcheinungsverhältniſſes der Perſon, wornach ſie nicht als Inhärenz, ſondern nur als moraliſche Subſtanz zu denken iſt, noch nicht vollkommen vorhanden; nun ſind wir zwar in der Idee genöthigt, in der Leibesfrucht vom Augenblicke der Zeugung an ein Weſen mit Perſönlichkeit anzunehmen und müſſen ſie aus ſittlichen Gründen „als Perſon achten, — inſoweit als dies geſchehen kann, ohne dadurch das menſchliche Einzelweſen, das als ſolches in das Erſcheinungsverhältniß der juridiſchen Perſönlichkeit mit der Geburt eingetreten iſt, in ſeinen natürlich begründeten Rechten zu verletzen.“ Daraus folgert Jenull ganz mit Recht, daß einerſeits die Geſetzgebungen mit gutem Fug das menſchliche Leben erſt vom Augenblicke der Geburt an berechnen, daß ſie Rechtsübertragungen durch die Leibesfrucht nicht annehmen und daß ſie ſelbſt die Embryoktonie dem Morde keineswegs gleichſtellen, daß ſie aber andrerſeits ebenſoſehr Recht haben, im Fall der Perforationsfrage den Embryo der Mutter nicht als gleichberechtigte Perſönlichkeit gegenüberzuſtellen, weil „ſie ſonſt eine Kolliſion erſchaffen würden, die in der Natur der Sache nicht gegründet iſt [1]).“ Hiernach muß denn allerdings mit Martin

1) Jenull a. a. O. S. 315—320.

das Princip des Nothrechts angewendet, und es muß mit Wächter der Embryo der Mutter als minder berechtigt gegenübergestellt werden. Aber es wird die Idee des Nothrechts anders aufgefaßt, als bei Martin, und zugleich wird die Unschicklichkeit vermieden, eine werdende Persönlichkeit einem zu amputirenden Arme gleichzusetzen. Jedenfalls aber bleibt es dabei, daß ein Nothrecht überall nicht gedacht werden kann, wo gleiche Rechte kollidiren, sondern nur, wo ein stärkeres Recht mit einem schwächeren kollidirt. Im ersteren Falle kann von einer Rechtfertigung der aus sogenanntem psychischem Zwange begangenen widerrechtlichen Handlung niemals die Rede seyn, wenn auch allerdings in solchem Zwange ein sehr bedeutender Milderungsgrund gefunden werden mag.

§. 155.

Mit den gedachten Momenten ist nun aber die kriminalistische Beziehung des Willens auf andere besondere Willen erschöpft. Die positiven Bestimmungen über diese Seite an der menschlichen Handlung, d. h. über den Zweck derselben und ihre Beziehung auf eigenes und fremdes Wohl, gehören der Moral an, nicht dem Rechte, welches sich vielmehr gegen die subjektiven Absichten des Handelnden negativ verhält. Allein gerade in dem Momente des Nothfalls offenbart sich nun die Endlichkeit des Gegensatzes zwischendem formellen Rechte (als der abstrakten Allgemeinheit des Willens) auf der einen, und dem Wohle (als der abstrakten Besonderheit des Willens) auf der andern Seite. Es zeigt sich einerseits, daß das Recht nur eben am besondern Willen seine Existenz haben kann, da es nur die Form des Handelns ist, die nur in den Zwecken des besonderen Willens den sie erfüllenden Inhalt findet, — andrerseits, daß die Totalität der Besonderheit des Willens mit dem Fundamente der Erscheinung

des Rechtsbegriffs, der Persönlichkeit koincidirt. Hiemit ist aber an die Stelle des bloßen Gegensatzes und negativen Verhaltens beider Momente gegeneinander bereits die positive Beziehung beider aufeinander gesetzt, d. h. es zeigt sich a) das Recht als das, was der besondere Wille als Inhalt seiner Handlung setzen soll, b) der besondre Wille dagegen als die Fähigkeit, dieses Allgemeine zu wissen und sich frei dazu zu bestimmen, d. h. als das rechtliche Gewissen.

III. Allgemeine Zurechnung.

§. 156.

Die Idee des Rechts ist die vermittelte Einheit des bloß formellen Rechts mit dem Wohle, welche darin als bloße Momente aufgehoben sind. Einerseits nämlich entwickelt sich aus dem Begriffe des abstrakten Rechts selbst die Nothwendigkeit, daß es sich als das Wohl des Individuums setze und für dasselbe zum Mittel werde; andrerseits erfährt der Begriff des Wohls in seiner dialektischen Durchführung die Wahrheit, daß er als Einzelwohl sich nicht realisiren könne, vielmehr ein System des allgemeinen Wohls setzen, d. h. sich zu einer rechtlichen Angelegenheit machen, das Wesen des Rechts an sich setzen müsse. Erst in dieser Vermittlung beider Momente wird das Recht wirkliches Recht, oder Rechtsidee, d. h. inhaltsvolle Einheit der Allgemeinheit und der Besonderheit des Willens in der objektiven Sphäre. In dieser Idee ist mithin weder das Recht mehr ohne das Wohl, noch das Wohl ohne das Recht, und nur die Einheit beider hat Geltung als absolutes Recht.

Anm. — Was Hegel §. 129. 130 vom Guten behauptet, das kann hier nur vom Rechte in der hier angegebenen Bedeutung gesagt werden. Denn die Rechtswissenschaft hat es mit dem Guten sowenig zu thun, als mit dem Schönen. Abgesehen aber von der ungehörigen

Bestimmung der Willensallgemeinheit, wie sie hier bei Hegel eintritt, ist das Meiste, was er in dem betreffenden Kapitel vorbringt, durchaus hierher anwendbar. Die im §en angegebenen Bestimmungen müssen nun freilich ihre nähere Deduktion in einem Systeme der Rechtsphilosophie überhaupt erhalten, wovon hier nur die Resultate vorausgesetzt werden können. Indessen darf bei dem gegenwärtigen Stande der politischen Bildung und der Sphäre, in welcher sich alle interessanteren Diskussionen bewegen, vorläufig erwartet werden, daß eine Ansicht von Recht und Staat Anklang finden werde, welche einerseits den unfruchtbaren Formalismus des abstrakten Rechtsbegriffs, der sich in dem deutschen Naturrecht so lange Zeit breit gemacht hat, in seiner Impotenz erkennt, andrerseits aber die in der neuesten Philosophie übermüthig gewordene Staatsidee in ihre Gränzen zurückzuweisen und eben dadurch die specifische Bestimmung des Staats, ebenso der Organismus des persönlichen Wohls, wie des Rechts zu seyn, um so schärfer hervorzustellen sich bestrebt.

§. 157.

Zu dieser Idee des Rechts nun steht der besondere Wille in dem Verhältnisse, daß er dieselbe zum Inhalte seines Handelns machen soll, und in diesem — zunächst moralischen — Verhältnisse bestimmt sich die unendliche Freiheit des Subjekts als rechtliches Gewissen. Das Recht erscheint in sofern als das Wesentliche des subjektiven Willens, welches in sich aufzunehmen, dieser schlechthin verpflichtet ist. Dagegen macht aber der subjektive Wille vermöge seiner unendlichen Freiheit das Recht geltend, seine Handlung sich nur nach seinem Wissen über den objektiven Werth derselben zurechnen zu lassen. Obgleich nun die Rechtsverbindlichkeit einen

wesentlich andern Charakter, als die moralische Pflicht, nämlich nicht bloß des Sollens, sondern den des Müssens hat, so entsteht gleichwohl die Frage, ob nicht dem Subjekte Unrecht geschehe, wenn seine Handlung nach ihrem objektiven Werthe beurtheilt wird, während es ihr in seinem rechtlichen Gewissen den entgegengesetzten Charakter beigelegt hatte?

§. 158.

Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Denn das wahrhaft rechtliche Gewissen kann über das, was an sich Recht oder Unrecht ist, nicht irren, sobald nur das Subjekt an sich zurechnungsfähig ist. Es ist eben das Wesen des Verbrechens, daß der besondere Wille sich gegen den allgemeinen setzt und sein besonderes Wissen und Wollen für mehr berechtigt hält und ausgiebt, als den substantiellen Willen, der in jedem Zurechnungsfähigen potentiell vorhanden ist. Dieser substantielle Wille ist aber derselbe in allen seinen Formen. Der objektiv sittliche Wille ist seinem Wesen nach kein anderer, als der subjektivsittliche, religiössittliche ꝛc. Das Subjekt kann daher eine verbrecherische Handlung niemals damit entschuldigen, daß es dieselbe nach seinem Gewissen, seiner Religion ꝛc. für erlaubt oder gar geboten gehalten habe. Denn dieses Gewissen ist nur das formelle Gewissen des Subjekts, dessen Schuld er ist, das substantielle Wissen, das der Potenz nach in ihm lag, in sich nicht aktualisirt und demselben vielmehr sein eigenes verschrobenes Meinen vorgezogen zu haben [1]).

Anm. — Sowenig die Stellung, welche Hegel dem Gewissen überhaupt giebt, gebilligt werden kann, so richtig ist doch seine Unterscheidung zwischen dem

1) Hegel, §. 132. Anm. 137—140.

wahrhaften und dem bloß formellen Gewiſſen, welches nur ein Schein-Gewiſſen iſt, indem ſich das Gefühl der Subſtantialität des Wollens, welches den Inhalt des wahren Gewiſſens ausmacht, in ihm nicht vorfindet, an ſeine Stelle vielmehr ein Produkt des eitlen ſubjektiven Meinens tritt. Welche Geſtalten des Böſen aus der Aufſpreizung dieſes formellen Gewiſſens nicht nur im Jeſuitismus von jeher hervorgegangen ſind, ſondern auch auſſer dem Bereiche deſſelben noch heut zu Tage nur zu oft hervorgehen, das hat Hegel in der Anm. zu §. 140 vortrefflich geſchildert. Wie intereſſant dieſe Erörterungen, z. B. die über die Heuchelei und den Probabilismus für den Kriminaliſten werden können, das beweiſt unter andern das von Feuerbach[1] mitgetheilte Beiſpiel des Prieſters Riembauer. Beſonders wichtig iſt aber die unter d) aufgeführte Form des Böſen, wornach das einzige Erforderniß zur Sittlichkeit einer Handlung das ſeyn ſoll, daß ſie in guter Abſicht unternommen wird. „Diebſtahl, Feigheit, Mord, u. ſ. f. haben als Handlungen, d. i. überhaupt als von einem ſubjektiven Willen vollbracht, unmittelbar die Beſtimmung, die Befriedigung eines ſolchen Willens, hiemit ein Poſitives zu ſeyn; und um die Handlung zu einer guten zu machen, kommt es nur darauf an, dieſe poſitive Seite als meine Abſicht bei derſelben zu wiſſen; und dieſe Seite iſt für die Beſtimmung der Handlung, daß ſie gut iſt. die weſentliche, darum, weil ich ſie als das Gute in meiner Abſicht weiß. Diebſtahl, um den Armen Gutes zu thun, — Diebſtahl, Entlaufen aus der Schlacht um der Pflicht willen, für ſein Leben, für

---

[1] Aktenm. Darſtellg. II. S. 43—122.

seine (vielleicht auch dazu arme) Familie zu sorgen, — Mord aus Haß und Rache, d. i., um das Selbstgefühl seines Rechts, des Rechts überhaupt, und das Gefühl der Schlechtigkeit des Andern, seines Unrechts gegen mich oder gegen Andre, gegen die Welt oder das Volk überhaupt, durch die Vertilgung dieses schlechten Menschen, der das Schlechte selbst in sich hat, womit zum Zwecke der Ausrottung des Schlechten wenigstens ein Beitrag geliefert wird [1]), zu befriedigen, — sind auf diese Weise, um der positiven Seite ihres Inhalts willen, zur guten Absicht und damit zur guten Handlung gemacht. Es reicht eine höchst geringe Verstandesbildung dazu hin, um für jede Handlung eine positive Seite und damit einen guten Grund und Absicht zu finden." Auf diese Form des Bösen hat der Kriminalist um so mehr achtsam zu seyn, als sich das Publikum aus Mitleid, aus Ungunst gegen die Justiz, aus Eitelkeit, die Sache besser zu verstehen, und aus sonstigen Gründen sehr gern an solche Vorspiegelungen hält und sich zum Advokaten der Missethäter aufwirft, weil sie ja doch nicht das Böse um des Bösen willen, sondern irgend etwas Gutes gewollt haben. Weniger allgemein anwendbar, aber nicht minder triftig sind die Bemerkungen über die weitere Form des Bösen, wornach die sittliche Natur einer Handlung nur durch die subjektive Ueberzeugung davon bestimmt werden soll. Für den Kriminalisten ist es besonders gesagt, wenn Hegel hier bemerkt. „Es ergiebt sich übrigens nach

1) Vgl. Hitzig Annalen VI. S. 62—154. 320—378. VII. S. 60—166.

diesem Princip der Berechtigung aus dem Grunde der Ueberzeugung die Konsequenz für die Handlungsweise Anderer gegen mein Handeln, daß, indem sie nach ihrem Glauben und Ueberzeugung meine Handlungen für Verbrechen halten, sie ganz recht daran thun; eine Konsequenz, bei der ich nicht nur nichts zum Voraus behalte, sondern im Gegentheile nur von dem Standpunkte der Freiheit und Ehre in das Verhältniß der Unfreiheit und Unehre herabgesetzt bin, nämlich in der Gerechtigkeit, welche an sich auch das Meinige ist, nur eine fremde subjektive Ueberzeugung zu erfahren, und in ihrer Ausübung mich nur von einer äusseren Gewalt behandelt zu meinen." — Die Bestimmung des §en findet sich mit Recht in den neueren Gesetzgebungen ausdrücklich aufgestellt [1]). Als bezeichnendes Beispiel schauerlicher Verbrechen aus religiösem Fanatismus kann die Kreuzigungsgeschichte in Wildenspuch dienen (s. Meyer Schwärmerische Gräuelscenen ꝛc. Zürich 1824. Hitzigs Annalen III. S. 62 ff.) [2]).

§. 159.

Nicht nur aber die Rechtfertigung der dem Rechte positiv entgegengesetzten Handlung aus dem formellen Gewissen des Subjekts ist ohne Bedeutung, sondern auch die einfache Berufung auf Rechtsunwissenheit oder Rechtsirrthum kann nicht entschuldigen. Doch ist zu bemerken, daß dies nur von wirklichen Verbrechen, nicht aber von bloßen Polizeiübertretungen gilt. Denn, wodurch das Recht als Recht verletzt wird, das ist etwas, worüber sich kein Zurechnungs-

---

1) S. Bair. Gb. Art. 39. Wirt. Gb. Art. 55. Anm. zum bair. Gb. I. S. 141. Hufnagel Kom. I. S. 103.

2) S. Rossi II. S. 208—210. Jenull I. S. 104.

fähiger irren kann, was er daher nicht erst durch eine besondre Eröffnung des Staates an ihn zu lernen braucht, während umgekehrt die an sich nicht unrechtlichen Handlungen, welche als reale Möglichkeit des Unrechts von Seiten des Staats verboten werden, eine ausdrückliche Kundmachung voraussetzen, damit durch Begehung derselben Schuld begründet werde. Beiderlei Arten von Vergehen müssen daher wohl auseinandergehalten werden. Bei den Verbrechen kann die Berufung auf Unwissenheit oder Irrthum über den allgemeinen Charakter der Handlung überall keine Wirkung haben, nicht einmal die, daß bloßes Versehen angenommen würde. Denn diese Handlungen haben ihre allgemeine Qualität an und für sich, sie erhalten dieselbe nicht erst durch den zufällig damit verknüpften Umstand des positiven Verbots, dessen Nichtwissen als ein bloße culpa begründender Irrthum erscheinen könnte. Wer sie mit Absicht begeht, der kann nur doloser Verbrecher seyn, weil in dem Gewissen eines jeden Zurechnungsfähigen das Wissen um die Substanz des Wollens der Potenz nach liegt und deshalb hier nie von einem bloßen Irrthum die Rede seyn kann. Dagegen werden die Polizeiübertretungen erst durch das Verbot des Staats zu Vergehen gestempelt, und dieser Umstand, als ein an sich zufälliger, ist ein solcher, dessen Nichtwissen als ein wesentlicher, das bloße Versehen oder gänzliche Schuldlosigkeit begründender, Irrthum gelten muß. Da solche Handlungen an sich nicht verbrecherisch sind, so ist auch die Absicht, dieselben zu begehen, an sich nicht dolus; vielmehr entsteht dieser erst durch den Entschluß, das dem Handelnden bekannte Verbot zu übertreten. Eben dieser Entschluß wird aber praktisch der seltenere Fall oder wenigstens schwer erweislich seyn, dagegen schuldhafte Unwissenheit des Verbots um so häufiger vorkommen. Sofern nun derlei Handlungen überhaupt keine große Strafe verdienen, so wird es sich rechtfertigen,

wenn bei ihnen zwischen dolus und culpa nicht unterschieden, dagegen allerdings die völlig unverschuldete Unkunde des Verbots von aller Verantwortlichkeit ausgenommen wird [1]).

Anm. — Der bekannte Streit über das Verhältniß der Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts zu der vorliegenden Frage [2]), kann hier um so mehr dahingestellt bleiben, als eine gründliche Entscheidung dieser Frage wesentlich die Entwicklung des modernen Staatsbewußtseins, insonderheit des Unterschieds zwischen der Rechtspflege und der Polizei voraussetzt, — eines Unterschieds, den man im römischen Rechte und in der Karolina vergebens in seinem prägnanten Ausdrucke wird suchen wollen. Gleichwohl dürfte sich bei genauerer Untersuchung ergeben, daß das Ergebniß jener Quellenforschung von dem Resultate der im §en angestellten Betrachtung in den wesentlichen Grundzügen keineswegs so sehr abweicht, und daß die Verwirrung in dieser Lehre sich vornämlich nur von den einseitigen Behauptungen der berühmten Anhänger der kritischen Philosophie herschreibt. — Das römische Recht unterscheidet zwischen delicta juris naturalis oder gentium und delicta juris civilis; zugleich spricht es die Voraussetzung aus, daß jeder Bürger die Verbindlichkeit habe, von den Gesetzen Kunde zu nehmen, und daß die bloße Berufung auf Gesetzesunwissenheit oder Irrthum nichts nützen könne. Nur die Unmöglichkeit, irgend Rechtsbelehrung zu erhalten, aber wie Wächter [3]) richtig bemerkt — wohl nur bei an sich nicht rechtsverletzenden, vom Ge-

---

1) Michelet S 49. 79. Jarke in Hitzigs Zeitschr. III. S. 100 ff.

2) Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 57. Besonders Hefftter N. Arch. S. 130 ff. 253 ff.

3) Lehrbuch I. S. 120. 121.

Digitized by

ſetze verbotenen Handlungen, und immer nur ausnahmsweiſe, — ſowie der Fall, wenn ein Polizeigeſetz ausdrücklich wiſſentliche Uebertretung fordert, bilden allgemeine Ausnahmen, woneben noch ſpecielle Ausnahmen für Frauen, Minderjährige und rustici vorkommen. Nur fragt ſich, ob das römiſche Recht wie Roßhirt behauptet [1]), den Unterſchied von delicta juris gentium und juris civilis bei allen Verbrechen zur Anwendung gebracht und nur bei den lezteren den Rechtsirrthum milder betrachtet, oder ob es mit jenem Unterſchiede mehr nur, wie Birnbaum meint [2]), eine philoſophiſche Anſicht ausgeſprochen, dagegen die Entſchuldigung wegen Rechtsunwiſſenheit oder Irrthum auch bei delicta juris gentium nicht ſchlechthin ausgeſchloſſen habe? — Am einfachſten würde der Streit entſchieden, wenn Luden [3]) Recht hätte, der dieſen Unterſchied geradezu für indifferent erklärt und behauptet, daß das römiſche Recht überall, ſelbſt bei delicta juris civilis, und zwar bei allen Perſonen, keine ſchuldloſe Rechtsunkenntniß annehme. Gegen dieſe Anſicht ſpricht jedoch vor Allem ihre Unwahrſcheinlichkeit. Mag man nämlich auch immerhin mit Birnbaum, dem hier Luden folgt, annehmen, daß die Römer mit der Unter-

1) N. Archiv IX. S. 490 ff. XII. S. 53 ff. vgl. Feuerbach §. 86. n. a.

2) N. Archiv XI. S. 101 ff. 1836. S. 560 ff. vgl. Heffter §. 55. Marezoll S. 81. not. 1.

3) Handbuch §. 33 n. 7 u. §. 35 n. 5. §. 44 n. 2. vgl. §. 17. In den citt. Stellen hält ſich freilich Luden von Widerſprüchen nicht frei. Denn, während er §. 35. n. 5. die Ausnahmen für Frauen u. Minderjährige noch einräumt, ſucht er §. 44. n. 2 auch dieſe wegzubringen, indem er offenbar die Bemerkung von Wächter I. S. 121. 2ter Abſ. zu ſehr generaliſirt.

scheidung von delicta juris gentium und juris civilis mehr nur eine Art philosophischer Bemerkung über die Verwerflichkeit der verschiedenen strafbaren Handlungen haben machen wollen, so folgt daraus doch noch keineswegs, daß der Unterschied ganz unpraktisch wäre [1]). Verstanden sie unter ersteren unnatürliche, der menschlichen Natur widerstrebende Verbrechen, über welche daher auch meist ein übereinstimmendes jus gentium, wenn auch nicht überall in derselben Ausdehnung, sich gebildet hat, unter den lezteren dagegen Vergehungen wider eigenthümliche Institutionen einzelner Staaten, so mußten sie nothwendig bei ersteren weniger, als bei lezteren, eine Berufung auf Rechtsunkenntniß als entschuldigend annehmen. Allerdings setzen die erstern Delikte, um strafbar zu seyn, ebensowohl eine Strafsanktion voraus, wie die lezteren. Allerdings ferner sind auch die lezteren bei einem gegebenen Volke nur deshalb als verwerflich anerkannt, weil die Volksansicht dafür spricht. Allein diese beiden Argumente von Luden vermögen doch nicht den bedeutenden Unterschied auszulöschen, der zwischen beiderlei Arten von Delikten besteht. Man mag immerhin zugeben, daß der dem modernen Staat angehörige Unterschied von Verbrechen und Polizeiübertretung dem römischen Rechte fremd gewesen sei; immer wird man doch in der fraglichen Unterscheidung der römischen Rechtsgelehrten etwas damit Analoges finden müssen [2]). So gewiß auch delicta j. nat. zur Strafbarkeit eine positive Strafsanktion (wenn auch nur als gewohnheitsrechtliche Norm) erfordern und so gewiß Luden Recht hat, wenn er gegen

1) Heffter §. 30 n. 1.
2) Heffter §. 55.

Feuerbach [1]) **behauptet, die Nichtberücksichtigung der Berufung auf Rechtsunkenntniß habe ihren Grund nicht** darin, daß von jeder mit Verstand begabten Person Bekanntschaft mit den Strafgesetzen angenommen werden müsse, sondern darin, daß auch bei wirklicher Unbekanntschaft verbrecherische Willensstimmung vorhanden sei, — so hätte doch gerade durch diese Bemerkungen Luden auf das Richtige geführt werden sollen. Feuerbachs Grund wäre ja eben der geeignete, um den Unterschied zwischen del. jur. nat. und jur. civilis für indifferent zu erklären, während umgekehrt Ludens Gegengrund gerade auf die den Polizeivergehen analogen delicta juris civilis ganz und gar nicht paßt. Denn diese erhalten ihren verbrecherischen Charakter eben erst durch die positive Satzung; von ihnen kann daher eben das nicht gesagt werden, was von den delicta jur. nat. gesagt wird, daß sie etiamsi lex non esset, magnopere vitanda wären. Wenn nun ohne Zweifel unter die del. jur. civ. insbesondre auch das gerechnet wurde, was jetzt unter die richtig verstandene Kategorie der Polizeiübertretung gestellt wird, so müßte man es geradezu grausam finden, wenn das römische Recht bei ihnen gerade ebenso, wie bei den probra natura turpia, selbst bei gänzlicher Rechtsunkenntniß auf die gleiche Weise Schuld und Strafbarkeit angenommen hätten. Um diese rigorose Behauptung zu unterstützen, bemüht sich Luden, die Stellen, welche man gewöhnlich für das Privilegium der Rechtsunwissenheit anführt [2]), so zu erklären, daß es sich hier nicht von einem Rechtsirrthum in Beziehung auf die begangene strafbare Hand-

1) §. 86. Anm. a. Luden a. a. O. §. 33. not. 7.

2) Wächter I. S. 120. 121. Luden §. 35 not. 5. §. 44. not. 2.

lung selbst, sondern nur von der Unkenntniß entweder faktischer Umstände oder anderweitiger Rechtssätze, durch deren Nichtwissen der dolus in Beziehung auf die bestimmte Handlung ausgeschlossen werde, handle. So richtig nun aber auch die hier in Bezug genommene Bemerkung Wächters ist und so sehr man anerkennen mag, daß die gedachte Interpretation Ludens wenigstens theilweise wohl begründet sei (keineswegs aber überall), so wagt doch Luden selbst nicht, alle Ausnahmen direkt abzuläugnen, und noch mehrere müssen als durch seinen Angriff in Wahrheit nicht erschüttert anerkannt bleiben. Man wird daher allerdings den in der Doktrin hergebrachten römischen Unterschied beibehalten, übrigens aber im Zweifel darüber bleiben müssen, ob die jedenfalls nur exceptionell gestellte Strafloſigkeit des Rechtsirrthums bloß auf die del. jur. civ. beschränkt oder auch bei der andern Art von Delikten zugelassen worden sei?

Sehen wir nun aber auf den modernen Staat, so muß die jedenfalls vage römische Unterscheidung verworfen und die bestimmtere von Verbrechen und Polizeiübertretung an ihre Stelle gesetzt werden [1]). Dies ist nun zwar von den neueren Gesetzgebungen noch nicht geschehen, vielmehr bewegt man sich sichtlich in dieser Lehre noch in Unklarheit herum. Allein diese wird verschwinden, sobald man sich ihren Grund zum Bewußtsein bringt, der wieder in dem bloß halben Abfall von der Ansicht der kritischen Philosophie liegt. Zwar gieng

1) Umgekehrt meint Hepp über Zurechnung, S. 25, man sollte auch jetzt noch die römische Distinktion anwenden, vgl. aber auch Bauer Anm. zum Hann. Entw. II. S. 50.

Digitized by

Feuerbach schon zuerst [1]) nicht so weit, als er konsequenter Weise hätte gehen müssen, indem er den Rechtsirrthum nur bei Nichtkenntniß des einzelnen ausdrücklichen gesetzlichen Verbots als entschuldigend annimmt, nicht aber auch bei Nichtkenntniß der Art und Größe der angedrohten Strafe, worauf es von Unterholzner mit Recht ausgedehnt wurde (denn, wenn der Mensch nur gestraft wird, weil er sich nicht hat abschrecken lassen, so mußte er auch das abschreckende Gesetz vollständig gekannt haben). Aber freilich gieng Feuerbach, da er die praktische Unbrauchbarkeit der vollen Konsequenz seiner Lehre wohl fühlte, sogar noch weiter, und stellte eine Präsumtion auf, daß jeder mit Verstand Begabte das Gesetz habe kennen müssen [2]). Dadurch rettete er formell die Konsequenz wieder, wornach in seinem System der dolus das Bewußtsein des positiven Verbotenseins der Handlung als nothwendiges Requisit in sich schließt. Nachdem nun späterhin von Andern die Feuerbachische praesumtio doli, sowie das Abschreckungsprincip überhaupt, verworfen wurde, so wäre vor Allem zu erwarten gewesen, daß man auch davon abgekommen wäre, das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als nothwendiges Requisit des dolus zu fordern; denn, wenn man die richtige Einsicht gewann, daß das Wesen des Verbrechens oder der wahre Grund seiner Strafbarkeit nicht in der Uebertretung des verbietenden Gesetzes, sondern in dem Thun des Ansichunrechten und folgeweise vom Gesetze Verbotenen liege, so war die Beibehaltung jenes Feuerbachischen

1) Revision II. S. 42–44. 67 not. * vgl. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 15. 135 ff.

2) Lehrbuch §. 86. Oersted Grundregeln S. 270—278.

Digitized by Google

Requisits des dolus die sonderbarste Inkonsequenz [1]). Jedenfalls hätte man wenigstens nur Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern sollen. Allein selbst diese Forderung enthält etwas Schiefes, sobald man ihr den Sinn unterlegt, daß der Richter dem Verbrecher die Existenz dieses Bewußtseins bei ihm beweisen müsse. Denn diese muß allerdings präsumirt werden, während die Zurechnungsfähigkeit und der dolus nicht präsumirt werden dürfen. Die Sache ist einfach die: Wenn der Verdacht eines dolosen Verbrechens vorliegt, so muß der Beweis erbracht werden, daß der Verdächtige überhaupt mit Freiheit, und insbesondere mit Absicht gehandelt habe. Ist aber dieser Beweis geliefert, so braucht nun nicht noch weiter bewiesen zu werden, daß der Verbrecher die Rechtswidrigkeit seiner Handlung gekannt habe. Denn sobald es sich nur von wirklichen Verbrechen, nicht von bloßen Polizeiübertretungen handelt, so versteht sich jenes von selbst, weil kein Zurechnungsfähiger sich über den substantiellen Charakter der Handlung irren kann, und jedes entgegengesetzte Vorgeben von ihm als schlechte Ausflucht betrachtet werden muß. Sollte freilich eine positive Gesetzgebung die Ungerechtigkeit begehen, an sich rechtmäßige Handlungen zu Verbrechen zu stempeln [2]), so wäre das ein schlimmer Fall. Allein die Wissenschaft des Rechts kann sich an eine solche Möglichkeit nicht kehren, der die Verhöhnung des Rechts zu Grunde läge, und es wäre betreffenden Falls blos eine Sache der Klugheit für die Gerichte, das schlechte Gesetz

1) Vgl. z. B. Martin §. 34. Mittermaier not. zu Feuerbach §. 54. Heffter §. 55. 66. Marezoll §. 26.

2) Rossi II. S. 110.

Digitized by

zu umgehen oder wenigstens nur die für Polizeiübertretungen giltigen Grundsätze anzuwenden. — So gewiß also zum dolus Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört, so wenig braucht dem Zurechnungsfähigen, der erweislich absichtlich gehandelt hat, nachgewiesen zu werden, daß er dieses Bewußtsein in der That gehabt habe. Wenn übrigens Heffter §. 55 sagt [1]), in Beziehung auf delicta jur. naturalis könne doch z. B. durch bisherige Abschließung von der menschlichen Gesellschaft u. dgl. besondere Umstände der Einwand einer vollkommen entschuldigenden Rechtsunkenntniß begründet werden, so ist diese Bemerkung in der That kein Einwand gegen das hier Behauptete; sie ist nur ganz überflüssig, weil sie solche Umstände voraussetzt, in welchen schon die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben ist, mithin die Frage über Rechtskenntniß oder Nichtkenntniß gar nicht aufgeworfen zu werden braucht. — Indem nun die herkömmliche Doktrin Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit zum dolus fordert, so setzt sie sich zugleich in den auffallendsten Widerspruch mit ihrer eigenen Behauptung, daß Rechtsunkenntniß oder Rechtsirrthum nicht entschuldige. Was nun eben diesen Grundsatz betrifft, so liegt, abgesehen von der eben besprochenen Inkonsequenz, der Mangel der gewöhnlichen Doktrin darin, daß sie auf den hier durchaus wesentlichen Unterschied zwischen dem Verbrechen und der Polizeiübertretung in der Regel nicht die gehörige Rücksicht nimmt. — Freilich wird sie einigermaßen durch die Nothwendigkeit, an das gemeine deutsche Recht sich anzuschließen, entschuldigt [2]), da

1) Vgl. Marezoll S. 81 n. 1. Bair. Gb. Art. 71. Oerſted a. a. O. S. 275.

2) Henke I. S. 331 läßt ſich durch die Beſchaffenheit der gemein-

dieſes allerdings den gedachten Unterſchied nicht kennt, vielmehr ihm die vage Diſtinktion zwiſchen delicta juris gentium und juris civilis unterſtellt. Der Wahrheit am nächſten kommen nun Diejenigen, welche bei den erſteren niemals Entſchuldigung wegen Rechtsunkenntniß annehmen, und die Entſchuldigung bei den letzteren, abgeſehen von den Privilegien der Frauen, Minderjährigen und rustici, auf ſolche Delikte einſchränken, welche den Charakter von Polizeiübertretungen haben [1]). Nur freilich iſt dann theils nicht immer die Begründung zu billigen, wenn ſie nämlich in einer Präſumtion der Kenntniß des poſitiven Strafgeſetzes geſucht wird [2]), theils nicht immer das Princip, welches dem Unterſchied zwiſchen der einen und der andern Klaſſe der Verbrechen zu Grunde gelegt wird. Unrichtig iſt es dagegen, wenn im Allgemeinen eine Entſchuldigung wegen Rechtsunkenntniß angenommen wird [3]), für den Fall nämlich, daß es unmöglich geweſen ſei, Rechtsbelehrung zu erhalten. Denn dieß kann, wie geſagt, nur bei Polizeiübertretungen geſagt werden, ebenſo unrichtig aber, wenn die Entſchuldigung allgemein verworfen wird. — Die Inkonvenienzen der Doktrin erſcheinen auch in den Geſetzgebungen wieder. Zwar gilt dieß nicht von dem öſtreichiſchen Geſetzbuch, ſofern dieſes den unbeſchränkten Grundſatz der Nichtberückſichtigung des Rechtsirrthums eben nur bei Verbrechen und ſchweren Polizeiübertretungen (d. h. ſolchen Handlungen, die

---

rechtlichen Quellen in andrer Richtung beſtimmen, ſtellt dann aber ſchwer zu vereinigende Behauptungen auf.

1) z. B. Wächter, Jarke, Roßhirt a. a. O.

2) Feuerbach §. 86. Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 57.

3) Marezoll S. 80. 81. Henke a. a. O.

im Durchschnitt wohl unter die Kategorie der Verbrechen gestellt werden dürfen) ausspricht [1]). Das preußische Landrecht unterscheidet formell richtig zwischen Vergehen, bei denen Rechtsunkenntniß nie, und solchen, bei denen sie unter Umständen entschuldigen könne; aber es fehlt darin, daß es dem aus dem Begriff der objektiven Sittlichkeit zu entnehmenden Unterschiede einen andern, von der Rücksicht auf die (öffentliche und Privat-) Sicherheit hergenommenen unterschiebt [2]). Neuere Gesetzgebungen dagegen, welche es für gut gehalten haben, Verbrechen und bloße Polizeiübertretungen promiscue zu bedrohen, sind dadurch nothwendig in die Lage gebracht worden, Regeln über die Rechtsunwissenheit aufzustellen, die für beiderlei Fälle nicht passen [3]). Abgesehen davon, daß auch sie regelmäßig sich der Inkonsequenz schuldig machen, einerseits zum dolus Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit zu verlangen (indem sie ihn nur durch die Unwissenheit über Art und Größe der Strafe nicht ausgeschlossen werden lassen), andererseits die Berufung auf den Rechtsirrthum, falls er nicht ganz unverschuldet und unüberwindlich gewesen, auszuschließen, — so ist, wie gesagt, die Regel für Polizeivergehen zu streng, die Ausnahme dagegen für eigentliche Verbrechen zu mild. Besonders gefährlich wird dieser Mangel an der gehörigen Unterscheidung zwischen beiden Gattungen von Vergehen bei der Frage,

---

1) Daß es gleichwohl auch hier nicht ganz ohne Inkonvenienzen abgehe, darüber s. Jenull I. S. 102—104.

2) Jarke a. a. O. S. 103. 104.

3) Bair. Gb. Art. 39. 71. Sächs. Gb. Art. 68. Wirt. Gb. Art. 55. 99. Hannövr. Gb. Art. 41. 84. Hess. Gb. Art. 37. 41. Braunschw. Gb. Art. 31.

Digitized by Google

unter welche Schuldkategorie sofort der unverschuldete Rechtsirrthum zu stellen sei. Auch hier sind die Ansichten wieder sehr verschieden. — Zunächst scheint nichts natürlicher, als daß eine solche verschuldete Unwissenheit unter den Begriff des Versehens subsumirt werde, wie denn auch Feuerbach [1]) hiefür eine eigene Art der culpa, die culpa durch Unwissenheit des Gesetzes, aufgestellt hat. Auch war dieß bei Feuerbach aus dem Grunde nicht eben bedenklich, weil er nicht nur die Präsumtion der Gesetzeskenntniß, sondern auch noch eine praesumtio doli aufstellte, und überdies bei delicta juris naturalis keine Entschuldigung mit Nichtwissen annahm. Nach seinem System mochte die gänzliche Entschuldigung, abgesehen von den gesetzlichen Privilegien der Frauen ꝛc. bei delicta juris civilis, eben nur den, auch im bayer. Gesetzbuch Art. 71 genannten Blödsinnigen und andern schon an sich Unzurechnungsfähigen, die mildere Berücksichtigung ex capite culpae dagegen nur selten einem zukommen, wenn er die ihm entgegenstehende Präsumtion umzustoßen vermochte. Gleichwohl lag in der Allgemeinheit des Satzes, daß verschuldete Gesetzesunkenntniß nur wegen culpa verantwortlich mache, etwas sehr Gefährliches, da nichts im Wege stand, denselben auch auf delicta juris naturalis anzuwenden, und wenigstens die Feuerbachische Schuldlehre die Aushilfe der Verweisung auf die natürliche Unsittlichkeit dieser Verbrechen nicht anbot. Es darf deßhalb nicht verwundern, wenn Oersted [2]) jener Lehre ent-

---

1) Bibl. II. S. 215 ff.

2) Grundregeln S. 269. Noten 270—278. Vergl. Rossi II. S. 210—212.

gegentrat, indem er die culpa durch Geſetzesunkenntniß zum dolus dekretirte. Seine Behauptungen laſſen ſich nun zwar kaum unter einem andern Principe, als etwa dem der Zweckmäßigkeit vereinigen. Vielleicht haben ſie aber eben darum mehr Anklang bei den neueren Geſetzgebern gefunden, die ſchon des Strafproceſſes wegen dieſem Principe mehr, als dem der Rechtmäßigkeit, hold ſind. Oersted geht nämlich gleichfalls davon aus, daß zum dolus Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit gehöre, behauptet aber gleichwohl, daß die Geſetze die Präſumtion der Geſetzeskenntniß aufſtellen müſſen, wobei er ſich ohne weitere Berechtigung auf die natürliche Unſittlichkeit der delicta j. gentium beruft. Und zwar bezieht er dieſe Präſumtion auch auf reine Polizeiverbote, und verlangt, daß, wer das Geſetz unwiſſend übertreten habe, nicht als kulpoſer, ſondern als doloſer Uebertreter behandelt werden ſolle. Freilich weiß er denn dieſe Strenge nur durch ein Poſtulat der rechtlichen Ordnung zu beſchönigen, und, was noch ſchlimmer iſt, er muß ſofort Ausnahmen machen, die in ihrer Allgemeinheit ebenſowohl auf eigentliche Verbrechen, als auf bloße Polizeiübertretungen zu beziehen ſind. Zwar ſind nun die Ausnahmen, die er zuläßt (bei Fremden, bei einem neuen Geſetze, bei Kindern und Blödſinnigen) nicht eben von großer Bedeutung. Wie gefährlich es aber gleichwohl iſt, wenn das Princip einmal durchlöchert wird, ohne daß man zwiſchen den verſchiedenen Gattungen der Vergehen eine ſcharfe Gränze zieht, das zeigt die o. a. Ausführung von Henke, der ſogar in dem beklagenswerthen Zuſtand der gemeinrechtlichen Quellen eine zwar nicht juriſtiſche, aber doch moraliſche Rechtfertigung für ſich hat. Gerade die Lehre Oerſteds iſt nun aber in den neueren Geſetzgebungen fixirt, welche gleich ihm die

Rechtsunkenntniß für alle Arten von Vergehungen in der Regel nicht als Entschuldigung annehmen, und eben deswegen, um nicht allzustreng zu seyn, gleich ihm eben so allgemeine Ausnahme statuiren müssen [1]). Nun ist zwar von dem gesunden Sinn der Praxis zu erwarten, daß sie solche Ausnahmen nur bei del. jur. civ. annehmen wird, (wie dies auch die Wirt. Motive andeuten); aber einerseits ist dieser Begriff ein vager, andrerseits giebt es angesehene Theoretiker, wie z. B. Marezoll, die gegen eine solche Beschränkung sprechen. Ferner sagen die neuen Gesetzbücher nicht, ob der schuldhaft Unwissende wegen dolus oder culpa gestraft werden soll. Da nun wiederum berühmte Rechtslehrer, wie Hefftер [2]) und Marezoll [3]) für das Letztere sind, so könnte befürchtet werden, daß die Praxis selbst bei del. jur. nat. dieser Meinung folgen werde [4]). Indessen liegt doch wohl schon darin, daß diese Gesetzbücher einerseits der Berufung auf Rechtsunkenntniß mit Recht ungünstig sind, andrerseits die culpa nur ausnahmsweise mit Strafe bedrohen, ein starker Beweis dafür, daß sie der entgegengesetzten Ansicht sind. Neuerdings hat sich nun auch Luden [5]) für die Annahme des dolus erklärt. Allein gleichwohl muß diese Behandlung der Sache für unrichtig erklärt werden. Denn darin, daß verschuldete Unwissenheit an und für sich nur kulpos seyn könne, haben Hefftер und Marezoll gewiß vollkommen Recht, und es ist daher diese Behauptung nur in ihre richtigen Gränzen, nämlich auf Polizeivergehen zu reduciren, bei denen allerdings Rechts-

1) Hufnagel Kom. I. S. 103.
2) Lehrb. §. 67. n. 5.
3) Lehrb. S. 80.
4) In der That empfiehlt dieß auch Hepp Kom. I. S. 692. u. 2.
5) Handbuch §. 35. v. 5. §. 44.

Digitized by Google

kenntniß nicht präsumirt werden kann, weil ihre Strafbarkeit einen bloß positiven, hiemit zufälligen Grund hat. (Eine feine Bemerkung ist es übrigens, wenn Hefftter sagt, daß die luxuria bei solchen Vergehen stets in dolus übergehe). Thut man aber dies, läßt also bei wirklichen Verbrechen den dolus durch Berufung auf Rechtsirrthum nie ausgeschlossen werden, so ist es für Polizeivergehen weiterhin ohne Bedeutung, ob man wegen dolus oder culpa straft, aus den im Paragraphen angegebenen Gründen. —

Eine bestrittene Frage ist noch die: ob die Schuld ausgeschlossen werde durch einen solchen Rechtsirrthum, vermöge dessen der Handelnde glaubt, seine Handlung falle nicht unter das Strafgesetz? Luden [1]) scheint auch hier, obgleich er es nicht ausdrücklich sagt, (denn er spricht nur von verbrecherischer Willensbestimmung überhaupt), gleichwohl dolus anzunehmen, insofern er sich der Ansicht von Wächter [2]) entgegensetzt, dessen Worte die Annahme einer Verantwortlichkeit wegen culpa um so weniger ausschließen, als Wächter sich auf Jenull [3]) beruft, welcher ausdrücklich bemerkt, es werde hier keineswegs immer unverschuldeter Irrthum und gänzliche Aufhebung der Zurechnung stattfinden. Die erstere Ansicht ist gleichfalls schon von Oersted [4]) behauptet worden, der sich auch gegen die Feuerbachische culpa durch Uebereilung erklärte und ausdrücklich, freilich wieder nur aus politischen Gründen verlangte, daß einem Uebertreter das Mißverstehen der Strafgesetze so wenig zu Gute kommen dürfe, als die Unwissenheit über das Dasein derselben. — Man wird aber auch diese Frage

1) Handbuch §. 44. n. 4.

2) Lehrb. I. S. 121.

3) Oestr. Krim.-Recht I. S. 99—100. Vgl. Henke I. S. 330—331.

4) Grundr. S. 269. Anm. S. 276.

unbedenklich unter das obige Princip zu ſtellen und daher je nach den verſchiedenen Gattungen der Vergehen verſchieden zu entſcheiden haben. — Was übrigens den modernen Staat betrifft, ſo iſt die Bemerkung von Hegel[1]) wohl zu erwägen, daß durch die Oeffentlichkeit der Geſetze und die allgemeinen Sitten der Staat dem Rechte der Einſicht die formelle Seite und die Zufälligkeit für das Subjekt benehme, daher denn auch bei den bloßen Polizeiübertretungen eine genauere Diſtinktion (als etwa durch einen mäßigen Strafrahmen) zwiſchen vorſätzlicher Uebertretung und verſchuldeter Unkenntniß nicht Bedürfniß zu ſeyn ſcheint.

Dritter Abſchnitt.

Die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld.

---

§. 160.

An der Wiedervergeltung in der Form der Rache erſchien vornämlich auch dieß auch mangelhaft, daß dabei nur auf die objektive Exiſtenz des Unrechts, nicht aber auf die Schuld darin geſehen wird. Nunmehr hat aber das Verbrechen die Beſtimmung erhalten, Produkt der Subjektivität, ſchuldvolle Handlung zu ſeyn. Es entſteht dadurch nun auch die gegen die frühere umgekehrte Forderung, — gegen welche die objektiv exiſtirende Rechtsverletzung zunächſt als das Indifferente erſcheint, — daß das Verbrechen als ſolches Produkt der Subjektivität wieder aufgehoben werde, daß mithin

---

1) §. 132. Anm.

die Wiederaufhebung deſſelben ſich als Tilgung der Schuld beſtimme.

§. 161.

Sofern nämlich die Wiedervergeltung überhaupt nur das Daſein des verbrecheriſchen Willens aufhebt, ſo läßt ſie die verbrecheriſche Geſinnung beſtehen, ſie erſcheint nur an dem verbrecheriſchen Subjekte, iſt aber noch nicht für dasſelbe, noch nicht durch ſeine Selbſtbeſtimmung mitgeſetzt. Da nun aber das Verbrechen weſentlich Produkt der ſubjektiven Innerlichkeit iſt, ſo wird es in Wahrheit nur aufgehoben, wenn die Geſinnung aufgehoben wird, woraus es entſprungen iſt. Hiernach muß dem verbrecheriſchen Subjekte die Nichtigkeit ſeiner Handlung in der Art zum Bewußtſein gebracht werden, daß dadurch ſeine verbrecheriſche Geſinnung negativ geſetzt wird [1]).

§. 162.

Die Wiederaufhebung des Unrechts, welche ſich bisher als ein Zwang gegen den Verbrecher, als eine Willensverletzung, mithin im Allgemeinen als ein Uebel für ihn beſtimmt hat, beſtimmt ſich nunmehr als ſein eigenes Intereſſe, als ein Gut für ihn. Es entſteht mithin die Forderung, daß die Wiederaufhebung des Unrechts zum Beſten des Verbrechens ſelbſt gereiche. Dieſe Beſtimmung, zunächſt a) unmittelbar geſetzt, ergiebt den Begriff der Züchtigung, in welcher beides vereinigt iſt, daß die Reaktion gegen den Verbrecher die objektive Genugthuung und Wiedervergeltung enthält, zugleich aber damit der Zweck verbunden iſt, mittelſt der zugefügten Willensverletzung den Verbrecher zu einer Aenderung ſeiner widerrechtlichen Geſinnung zu beſtimmen. Dieſer Zweck iſt in der Züchtigung nur an ſich, noch nicht

1) Wirth a. a. O. II. S. 320. 321.

für das Bewußtsein des Gezüchtigten gesetzt, daher auch das Uebel selbst noch nicht durch den Zweck bestimmt wird. Vielmehr steht dasselbe noch ganz unter der Kategorie der objektiven Genugthuung und dem für diese bestehenden Prinzipe des Maßes, und unterscheidet sich von dieser nur eben durch den über sie übergreifenden Zweck, durch die Empfindung der Gerechtigkeit der zugefügten Willensverletzung bestimmend auf die Subjektivität des Gezüchtigten zu wirken.

§. 163.

Indem aber vermöge der subjektiven Freiheit es zufällig ist, ob die an sich gerechte Willensverletzung von dem Gezüchtigten als solche werde empfunden werden, so geht jene Forderung b) in die weitere Forderung über, die Züchtigung so einzurichten, daß sie den Verbrecher von dem Verharren in seiner widerrechtlichen Gesinnung abschrecken und ihm eventuell alle weitere Ausbrüche derselben unmöglich machen müsse. Hiemit wird nun die Willensverletzung erst wirklich als ein Uebel für den Verbrecher gesetzt, da sie vorher ein solches nur an sich war. Zugleich aber tritt nun in der Zufügung dieses Uebels der Zweck, dieses Uebel zum Besten des Schuldigen dienen zu lassen, ausgesprochen hervor. Dieser Zweck der Abschreckung und Prävention hat seine Wahrheit in der Betrachtung, daß kein Verbrechen ein vereinzelter Akt ist, vielmehr stets ein in der Subjektivität mehr oder weniger vorhandenes negatives Ferment und die Geneigtheit, der sittlichen Idee zu widerstreben, anzeigt. Dieser Geneigtheit aber, welche die Vorherrschaft des sinnlichen Triebs über die Vernunft voraussetzt, scheint durch Androhung und Vollstreckung sinnlicher Uebel ein zweckmäßiges Gegengewicht gegeben zu werden, sofern zu erwarten ist, daß der Schuldige durch die Androhung oder Erleidung solcher Uebel sich werde abschrecken lassen. Sollte aber dieser Effekt

Digitized by

nicht erreicht werden können, so scheint es das eigene Interesse des Schuldigen zu fordern, daß ihm durch die Anwendung eines absoluten Sicherungsmittels die fernere Bethätigung seiner widerrechtlichen Gesinnung unmöglich gemacht werde. — So sehr nun diese Ansicht damit Recht hat, wenn sie das Moment der objektiven Wiedervergeltung in der Wiederaufhebung des Verbrechens für ungenügend hält und vielmehr von derselben eine Wirkung auf die Subjektivität des Verbrechens verlangt, und so richtig es ist, wenn sie diese Wirkung von der einfachen Züchtigung noch nicht erwartet, eben weil in dieser der fragliche Zweck noch nicht für das Bewußtsein des Schuldigen hervortritt, — so verfällt sie doch, abgesehen davon, daß sie die Bestimmtheit der Willensverletzung als objektiver Genugthuung indifferent setzt, d. h. ihre schlechtsinnige Nothwendigkeit negirt, auf ihrem eigenen Standpunkte in den Widerspruch, daß sie eine Selbstbestimmung der freien Subjektivität durch Zwang hervorbringen will, was nicht nur an sich selbst widersinnig ist, sondern auch theils die Wirkung problematisch läßt, theils eine falsche Auffassung der menschlichen Freiheit zur Voraussetzung hat.

Anm. — Die Strafe in Form der Züchtigung findet sich in keinem irgend höhern ausgebildeten Strafrechte. Vielmehr kann diese Auffassung nur in solchen Staaten erwartet werden, welche über den patriarchalischen Standpunkt der Familie noch nicht hinausgekommen sind [1]), wie es sich denn wirklich bei den hinterasiatischen Völkern, insonderheit den Chinesen findet, wo denn namentlich auch die Anwendung der bürgerlichen Strafe für bloß immoralische Handlungen charakteristisch ist.

---

1) Vgl. Abegg Strafrechtstheorieen. S. 20—23, der aber mit Unrecht die Rache unter das Princip der Familie stellt, s. auch Henke I. §. 6.

Dagegen kommt die gedachte Auffaſſung als Moment allerdings auch auf höheren Bildungsſtufen vor. Dieſelbe enthält, wie auch die obige Darſtellung es andeutet, den Keim für alle vom Standpunkte der Subjektivität ausgehenden Betrachtungen der Natur der Strafe. Deßhalb liegt ſie namentlich dem Strafrechte der chriſtlichen Kirche zu Grunde. Auſſerdem aber iſt dieſes Moment der Strafe zwar allerdings im Strafrechte des modernen Staats als untergeordnetes mit enthalten, dagegen tritt er als ſpecifiſch geltend und als beſtimmendes Princip in dem nicht in den Kreis des Staats, ſondern in den Kreis der Familie fallenden Strafrechte hervor [1]). Gegen die Unmittelbarkeit der Betrachtung der Strafe als Züchtigung iſt es ſchon ein Geſichtspunkt der fortgeſchrittenen Reflexion, wenn ihr der Zweck der Abſchreckung und der Prävention untergelegt wird. Dieß kommt denn allerdings auch in ſchon höher gebildeten poſitiven Rechten vor, dann aber freilich unter Modifikationen, die erſt unten näher zu erörtern ſind. Die gedachten Zwecke behalten dann nämlich nicht ihre hier weſentliche moraliſche Beziehung, ſondern nehmen eine politiſche an, wie dieß auch in der Grolmaniſchen und der relativ hierher einſchlagenden Feuerbachiſchen Theorie der Fall iſt. Gleichwohl liegt das tiefer ſpekulative Moment dieſer Theorie und der ihnen entſprechenden objektiven Rechtsgeſtaltungen nicht, wie es in der Regel angenommen wird [2]), in jener ihrer poli-

---

1) Ueber die Anwendung dieſes Gedankens im römiſchen Recht ſ. Abegg a. a. O. 89—91.

2) Auch Abegg in den Strafrechtstheorieen behandelt dieſe Syſteme keineswegs gerecht, indem er ſich begnügt, ſie unter den Geſichtspunkt der bürgerlichen Geſellſchaft zu ſtellen.

tiſchen, ſondern in dieſer ihrer moraliſchen Beziehung, wie man dieß ſchon daraus hätte ſchließen können, daß die gedachten Philoſopheme von dem Standpunkte des ſubjektiven Idealismus ausgegangen ſind. Feuerbach unterſcheidet ſich dann nur darin von Grolman, daß er in der verbrecheriſchen Handlung nicht bloß einen Beweis der Geneigtheit des beſtimmten Subjekts zu weiteren Widerrechtlichkeiten, ſondern zugleich den Beweis für ein unter der Maſſe der Uebrigen mehr oder minder verbreitetes negatives Ferment, hiemit zugleich ein verführeriſches Beiſpiel für dieſe ſieht, woraus denn die Nothwendigkeit hervorgeht, auch dieſe abzuſchrecken und ihren möglichen Verbrechen zuvorzukommen. Inwiefern nun dieſen ſubjektiven Beziehungen der Strafe relative Wahrheit zukomme, findet ſich oben angegeben. Zugleich iſt zu bemerken, daß die Mängel dieſer Anſicht eben auf dem Standpunkte des ſubjektiven Idealismus als ſolche nicht erſcheinen konnten. Denn einerſeits gelten jenem Standpnnkte Recht und Staat nicht als etwas Subſtantielles, ſoudern als Produkt des Ichs, mithin als Mittel für deſſen Zweck und Intereſſe, daher von einer an ſich ſeienden Nothwendigkeit der objektiven Genugthuung nach dem Princip des Maßes, mittelſt welcher ja eben nur das Recht als das ſubſtantiell Giltige erklärt wird, gar nicht die Rede ſeyn konnte: andrerſeits enthielt der Gedanke eines pſychologiſchen Zwangs keinen inneren Widerſpruch für ein Syſtem, dem Moral und Recht zwei ſchlechthin unterſchiedene Gebiete und hiemit moraliſche und rechtliche Freiheit zwei weſentlich verſchiedene Potenzen waren, ſo zwar, daß freilich die letztere den Namen der Freiheit in Wahrheit gar nicht mehr verdiente. So auffallend es nun allerdings erſcheinen mußte, wenn die Abſchreckung

Digitized by Google

gerade als der hauptsächliche, ja einzige Zweck der Strafe erklärt wurde, während doch jedes wirkliche Verbrechen stets aufs Neue die Unfruchtbarkeit dieses Mittels bewies, so lag doch der Fehler nur eben in dieser Einseitigkeit womit eine Seite der Sache zum Ganzen aufgeschraubt wurde. An und für sich nämlich ist es ganz richtig, daß unter Anderm auch die Furcht vor dem sinnlichen Uebel der Strafe ein durchaus zweckmäßiges Gegengewicht gegen den negativ sittlichen, selbstischen Trieb ist; ebenso unwahr ist es, den Menschen zum Theil als absolut freies Ich, zum andern Theil als bloß sinnliche Willkühr aufzufassen, so widersprechend ist es, ein Motiv, das nur unter der Voraussetzung freier Selbstbestimmung als solches wirken kann, unter die Kategorie des Zwangs zu stellen, während doch gerade jeder konkrete Fall der Anwendung dieses Zwangs seine Unwirksamkeit als Zwang aufzeigt [1]). Entweder ist die Abschreckung nothwendig, weil auf andere genügende Motive zum Abstehen von der verbrecherischen Gesinnung nicht gerechnet werden kann; dann genügt es aber nicht an einem bloß psychologischen Zwang, sondern es bedarf des physischen, nicht erst wieder durch die Freiheit in seiner Wirksamkeit zu vermittelnden; oder aber man scheut sich vor der Brutalität des physischen Zwangs und rechnet noch auf freie Selbstbestimmung, dann ist es willkührlich, das Motiv der Furcht vor der Strafe ausschließend zu berücksichtigen, zugleich aber verkehrt, von einem Zwange zu reden, da doch die Freiheit das

1) Ganz dasselbe gilt auch gegen die neuerlich von Schaffrath Grundwissenschaft des Rechts §. 147 ff. 186 aufgestellte zwangsrechtliche Theorie, von welcher Luden Hdbuch I. S. 50. n. 3. mit Recht sagt, daß sie sich von der Grolmanischen nur im Ausdrucke unterscheide.

Digitized by

ſchlechthin Unzwingbare iſt. Hierin liegt die Rechtfertigung des dem Abſchreckungszwecke entgegengeſetzten Beſſerungszwecks, von welchem ſofort zu handeln iſt.

§. 164.

Dieſer Widerſpruch löst ſich c) in die Forderung auf, im Verbrecher, der in ſeiner Handlung eine die Sittlichkeit negirende Richtung des Willens an den Tag gelegt hat, einen in ſeiner Innerlichkeit vor ſich gehenden, durch ſeine freie Selbſtbeſtimmung vermittelten Proceß, den der Beſſerung hervorzurufen. In der That iſt auch dieſe Forderung die nothwendige Konſequenz der allgemeinen Forderung, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens zur Wiederaufhebung des Unrechts in der Subjektivität des Verbrechens, hiemit ein Proceß ſeines Wiſſens und Wollens, ein Gut für ihn ſelbſt werde. Denn während ſowohl die Züchtigung, als die Abſchreckung, dieſen Proceß zwar zum Zwecke haben, dazu aber ein Mittel (den Zwang) verwenden, welches ſeiner Natur nach dem Begriff der freien Selbſtbeſtimmung widerſtrebt, ſo liegt nun dem Beſſerungszwecke die richtige Einſicht zu Grunde, daß der gedachte Proceß eben nur durch ſolche Mittel hervorgebracht werden könne, welche an ſich geeignet ſeien, auf die freie Selbſtbeſtimmung zu wirken, wobei denn zwar Züchtigung und Abſchreckung nicht als ausgeſchloſſen, aber weder als die einzigen, noch auch nur als die zweckmäßigeren Mittel erſcheinen.

Anm. — Auch hier iſt noch von den politiſchen Modifikationen abzuſehen, welche die Beſſerungstheorieen nothwendig annehmen müſſen, wenn ſie ſich als eigentliche Strafrechtstheorieen geltend machen wollen, was freilich nie glücken kann [1]). Uebrigens iſt hier nicht von

1) ſ. Abegg a. a. O. S. 50—53. Literatur bei Mittermaier n. 7. zu Feuerbach §. 7. a.

ſolchen Anſichten die Rede, welche die politiſche und moraliſche Beſſerung des Verbrechers nur als Mittel für einen anderweitigen Zweck, die Sicherheit der Geſellſchaft ꝛc., erſtreben wollen, ſondern nur von ſolchen, die es unmittelbar auf die Subjektivität des Verbrechers als Selbſtzweck abgeſehen haben, mögen ſie nun weiterhin die Beſſerung in der Form der Züchtigung bezwecken, um ſich den Anſichten des gemeinen Lebens anzuſchließen [1]), oder die Beſſerung im eminenten Sinne unmittelbar als Zweck aufſtellen [2]). Hier kommt es nur wieder darauf an, das ſpekulative Fundament dieſer Theorieen als ein weſentliches und relativ wohlberechtigtes anzuerkennen. Da hiebei der Verbrecher in ſeiner Subjektivität als Selbſtzweck behandelt wird, ſo hat dieſe Theorie für jeden, der vom modernen Staate (insbeſondere auch im Strafproceß) die endliche Anerkennung dieſer Nothwendigkeit verlangt, jedenfalls einen unendlichen Vortheil vor der Abſchreckungstheorie, die im Verhältniß zum Staate gerade umgekehrt die Subjektivität des Verbrechers zum bloßen Mittel herabſetzt, womit es denn zuſammenhängt, daß unſre im Mißbrauch graugewordene Praxis (ſelbſt in legislativen Erzeugniſſen, die von ihr ausgegangen ſind) noch immer im Gebiete des Strafproceſſes das, was als Recht des freien Selbſtbewußtſeins mit allem Nachdruck zu fordern iſt, verweigert oder wenigſtens nur als Gnadenſache behandelt wiſſen will. — Die Berechtigung des Beſſerungszwecks liegt aber in der ganz richtigen Einſicht, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens als bloße objektive Genugthuung, die für den Verbrecher ein bloß äuſſerliches

1) Anſicht von Livingſton.
2) Henke N. Arch. V. S. 240 ff.

Digitized by Google

Geſchehen an ihm bleibt, ihren Begriff und ihre Beſtimmung nicht erfülle, daß vielmehr, wenn von derſelben als einem ſittlichen Proceſſe die Rede ſeyn ſoll, auch die Tendenz hinzukommen müſſe, die verbrecheriſche Geſinnung in dem Uebelthäter aufzuheben, daß aber die Erreichung dieſer Abſicht mittelſt der Züchtigung und Abſchreckung an ſich theils problematiſch, theils unmöglich, jedenfalls aber es zweckwidrig ſei, eine von der freien Subjektivität zu erwartende Wirkſamkeit vorzugsweiſe durch Zwang erreichen zu wollen. In dieſem Sinne haben denn die Vertheidiger des Beſſerungszwecks ohne Zweifel Recht, wenn ſie entweder die züchtigende und abſchreckende Qualität der Strafe beibehalten [1]), dieſe Modalitäten aber als bloße Momente dem Beſſerungszwecke unterordnen, oder wenn ſie dieſen Zweck vollends geradezu als den einzigen hinſtellen [2]). Schon um ihrer Humanität willen haben dieſe Theorieen den Spott nicht verdient, mit welchem man ſie nicht ſelten ſo reichlich bedacht hat.

§. 165.

Eben darin jedoch, daß die Forderung der Beſſerung als die Konſequenz und Spitze der allgemeinen Forderung erſcheint, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens zu einem in der Innerlichkeit des Verbrechers ſich verlaufenden Proceſſe gemacht werde, erſcheint zugleich die Einſeitigkeit und Mangelhaftigkeit dieſer Forderung, wie ihr gegenüber die Forderung der objektiven Genugthuung für ſich allein als abſtrakt und einſeitig erſchien. Mit dem Beſſerungszwecke als ihrem Haupt-

1) Arnim Bruchſtücke über Verbrechen ꝛc. Stelzer über den Willen.

2) ſ. die Schriftſteller über das Pönitentiarſyſtem bei Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 149.

Digitized by Google

principe würde nämlich die Wiederaufhebung des Verbrechens, deſſen Natur es iſt, quantitativ und qualitativ beſtimmt zu ſeyn, über ihren eigenen Begriff hinausgetrieben, ſofern das beſtimmte Verbrechen nicht mehr ſelbſtändig, ſondern nur als Veranlaſſungs-Grund zur Ermittlung der ganzen Geſinnung des Verbrechens in Betracht kommen, die zu der Wiederaufhebung des Verbrechens erforderliche Willensverletzung aber die Größe des Verbrechens nicht mehr zum Maßſtab haben könnte, vielmehr das zuvor geſetzte Princip der Wiedervergeltung geradezu aufgehoben werden müßte. Denn es müßte wegen des größten Verbrechens der Verbrecher nur eine geringe Willensverletzung erfahren, ſobald er Beweiſe von Beſſerung gäbe, wegen des geringſten Vergehens aber eine große, ſolange er es an ſolchen Beweiſen fehlen ließe. Während alſo ſich oben ergeben hat, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens in einer der Verletzung dem Werthe nach gleichen Verletzung des verbrecheriſchen Willens beſtehen müſſe, ſo würde durch den Beſſerungszweck im Gegentheile die geſammte Subjektivität des Verbrechers zum Maßſtabe dieſer Willensverletzung gemacht, was dem Begriffe des Verbrechens, als der nach Art und Größe begränzten objektiven Negation der Sittlichkeit, widerſpräche. Es ergiebt ſich hieraus die Einſeitigkeit und relative Unwahrheit der Betrachtung des Verbrechens als Produkts der Subjektivität, und ſeiner Wiederaufhebung als Vernichtung der verbrecheriſchen Geſinnung. Vielmehr ergiebt ſich, daß nur beide Seiten des Verbrechens zuſammen, die objektive und die ſubjektive, den vollen Begriff deſſelben als der verbrecheriſchen Handlung ausmachen, woraus dann zugleich folgt, daß auch die Wiederaufhebung des Verbrechens beides zuſammen enthalten müſſe, die in der Wiedervergeltung ſich ausſprechende objektive Genugthuung und die Tilgung

der Schuld, welche Einheit ſich in dem Begriffe der Strafe darſtellt [1]).

Anm. — Nicht ſelten werden der Beſſerungstheorie andre Einwürfe gemacht, die nicht treffen. So bemerkt Abegg [2]), es wäre ungerecht, die Wohlthaten einer auf ſittliche Beſſerung berechneten Einrichtung in ihrer Theilnahme erſt von der Verübung eines Verbrechens abhängig zu machen, und man habe keine Berechtigung, Jemanden, ſelbſt um ihn zu beſſern, was ja auf andere Weiſe geſchehen könne, dem Strafzwange zu unterwerfen, wenn dieſer nicht unabhängig begründet ſei. Hierauf wäre zu entgegnen, — ad 1) daß die Beſſerungstheorie, wenn ſie eben den Staat zu ihrem Organe nimmt, mit allem Rechte ſich nicht für befugt hält, Jemanden als Kandidaten des Beſſerungshauſes zu betrachten, der nicht eben durch ein begangenes Verbrechen einen objektiven Erkenntnißgrund ſeiner unſittlichen Subjektivität preisgegeben hat, ad 2) daß es ohne Zweifel allerdings noch andre Beſſerungsmittel, als die Strafe, giebt, daß aber eben ſogewiß dieſe mit unter die wirkſamſten gehört, wie die in Form der Züchtigung in andern ſittlichen Kreiſen vorkommende Strafe deutlich beweist. In der That wäre es auch ſonderbar, wenn ein Gedanke ſo gar oberflächlich und handgreiflich unrichtig ſeyn ſollte, der nicht nur im Mittelalter dem Strafrechte der Kirche zu Grunde lag, ſondern auch gerade im modernen Staate da, wo ſein Begriff am reinſten ſich geſtaltet hat, in England, Frankreich und Amerika, als ſo bedeutſame Macht hervorgetreten iſt. — Was gegen den Beſſerungszweck als Princip allein

1) Wirth II. S. 323.

2) Strafrechtstheorien S. 52. f. dagegen S. 53. n. 45.

zu erinnern iſt, das giebt der Paragraph an. Daraus erhellt aber zugleich, daß dieſes Princip, welches als Grundnorm der bürgerlichen Strafe allerdings alle Freiheit aufheben müßte, weil der Staat ſich damit ein Vormundſchafts- und Zwangsrecht über die ganze Perſönlichkeit jedes Uebertreters ſeiner Geſetze anmaßen würde, um ſo mehr in denjenigen ſittlichen Kreiſen am Platze iſt, deren Weſen eben darin beſteht, die ganze Perſönlichkeit zu umfaſſen, wie dieß in höherem oder geringerem Grade von der Familie, der Kirche und der Schule geſagt werden kann. Auch hier iſt es alſo der Fall, daß ein Gedanke, der als Moment ſehr wohl an ſeinem Platze und insbeſondere geſchichtlich ſeiner Zeit in höchſter Bedeutſamkeit hervorgetreten iſt, nur dadurch unwahr wird, daß man ihn zum Ganzen der Sache aufſpreizen will, ein Fehler, gegen welchen es eben keine andere Garantie giebt, als die wiſſenſchaftliche Methode, welche der immanenten Entwicklung des Begriffs folgt.

Drittes Kapitel.

Die verbrecherische Handlung und die Strafe.

---

§. 166.

Der Begriff des Verbrechens hatte sich zunächst unmittelbar als objektive Rechtsverletzung, und hiernach seine Wiederaufhebung als objektive Genugthuung (Wiedervergeltung nach dem Principe des Werths) bestimmt. Aus dieser unmittelbarsten Bestimmtheit hat er sich sofort in seine Innerlichkeit reflektirt, und es hat sich ergeben, daß das Verbrechen nur existent werden kann als freie und darum zurechenbare Handlung, als Produkt der Schuld eines Subjekts, woraus dann die Forderung hervorgieng, daß auch die Wiederaufhebung dieser Schuld ein nicht bloß äußerlicher, sondern im Innern des schuldigen Subjekts selbst vor sich gehender Prozeß sein müsse. Eben mit dieser Forderung drohte aber der Begriff des Verbrechens, über sich selbst hinauszugehen und in den allgemeinen Begriff der Unsittlichkeit zu zerfließen. Er kehrt daher nunmehr, bereichert mit den subjektiven Bestimmungen, die er an sich gesetzt hat, in seine zuerst gesetzte objektive Bestimmtheit als Rechtsverletzung zurück, so jedoch, daß er dieß nun nicht mehr unmittelbar, sondern als durch das Moment der freien Subjektivität vermittelt ist. Somit ist er nun als verbrecherische Handlung bestimmt, d. h. a) als eine objektiv existirende Verletzung des Rechts als Rechts in irgend einem nach Art und Größe bestimmten Dasein, welche Verletzung b) das Produkt einer freien, zurechenbaren Handlung eines Subjekts ist, so daß

Digitized by Google

c) die Verletzung ebensowohl als ein äußerlich existirendes, mithin objektiv zu vernichtendes, wie als ein subjektiv existirendes und daher subjektiv zu tilgendes Unrecht erscheint (vergl. §§. 69. 70).

§. 167.

Das Wesen des Willens überhaupt, in der Form des Rechts, wie in der Form der Pflicht, giebt sich in der Vernunft sein Selbstbewußtsein. Somit ist zwar allerdings dieses Wesen der Potenz nach im menschlichen Geiste gesetzt, und eben daraus folgte, daß kein Zurechnungsfähiger sich mit Rechtsunwissenheit entschuldigen kann. Aber eben weil es darin nur an sich gesetzt, die Freiheit dagegen die Macht ist, auch das Gegentheil zu setzen, so schließt das Selbstbewußtwerden der Substanz nothwendig auch die Thätigkeit ein, das Wesen des Willens in einer von dem natürlichen Willen unterschiedenen Formbestimmtheit zu setzen, in welcher es der menschlichen Freiheit als die absolute Norm des Wollens gegenüber steht. Als diese Formen ergeben sich in dem Gesammtsysteme der Ethik die drei Formen des Gesetzes, der Pflicht und des Erlaubten [1]). In die Sphäre des objektiven Daseins der Sittlichkeit nun aber, in welcher wir uns bewegen, fällt nur die Form des Gesetzes. — So wenig nun die Vernunft auf dieser Stufe des Selbstbewußtseins stehen bleiben kann, da vielmehr die Idee des Willens nur dann realisirt ist, wenn die absolute Norm zur freien That geworden ist, so gewiß ist es doch, eben damit diese Vermittlung vor sich gehen könne, nothwendig, daß die Substanz sich so als die absolute Norm setze, und dieß geschieht nun gerade in der ersten und unmittelbarsten Weise in der Form des Gesetzes, welches, gegen die Freiheit des Men-

1) Wirth. I. S. 100—117.

schen indifferent, seine absolute Erfüllung verlangt und diese Forderung nöthigenfalls durch Zwang verwirklicht.

Anm. — Die Vorstellung dieser Nothwendigkeit liegt nirgends näher, als im Strafrechte, welches gerade an der gebrochenen Einheit des substantiellen und des erscheinenden Willens seinen Stoff hat. Allerdings liegt das Recht, wie das Gute, der Potenz nach im menschlichen Willen. Er braucht es nicht zu lernen, er braucht nur das Gefühl davon, was von Natur in ihm ist, zu entwickeln. Darin liegt die Möglichkeit der Schuld, sowie es darin liegt, daß die Rechtsunwissenheit für wirkliche Verbrechen keine Entschuldigung gewährt. Allein hier ist es nur darum zu thun, die Nothwendigkeit einzusehen, warum das Wesen des Willens auch außerhalb der freien Individualität in eigenthümlicher Formbestimmtheit für sich gesetzt sein muß, — eine Nothwendigkeit, die nicht blos für die Rechtssphäre, sondern für das gesammte Reich der Sittlichkeit besteht. Diese Nothwendigkeit liegt aber eben darin, daß jenes Ansichsein des substantiellen Willens im menschlichen Gemüthe noch nicht die vollkommene Erscheinung desselben ist, daß vielmehr diese erst durch das Ringen der subjektiven Freiheit mit der substantiellen Nothwendigkeit und ihre freie Einigung mit ihr hervorgebracht wird. Damit dieser Proceß möglich werde, muß das Wesen des Willens sich als solches für sich der freien Subjektivität gegenüber setzen; es muß eine unterschiedene Formbestimmtheit annehmen, in welcher es sich eben dem Willen der Erscheinung als die absolute Norm entgegengestellt, — freilich nicht, um in diesem Gegensatze zu verharren, sondern gerade damit er aufgehoben werde. Die absolute Norm erscheint nun unmittelbar als Gesetz, und in diese Sphäre fällt dann eben die objektive Sittlichkeit, welche

Digitized by Google

den Gegenstand der Rechtswissenschaft ausmacht. — Hier ist nun an das schon oben Angegebene zu erinnern, daß einerseits die Willkühr gerade durch diese Entgegensetzung absoluter Bestimmungen gegen sie zum Bösen sollicitirt, andrerseits auch die Schuld nur durch das Bewußtsein eines solchen Kreises von substantiellen Bestimmungen möglich wird.

§. 168.

Die adäquate Erscheinung für den substantiellen Willen in der Potenz des Gesetzes ist nun gerade das Recht, welches, als die Form der objektiv geltenden Sittlichkeit, noch in einem besonderen Sinne nothwendig ein objektives Dasein haben muß. So gewiß nämlich das Recht, wie das Gute, potentiell im Willen des Individuums liegt, so gewiß ferner der Rechtsorganismus im Ganzen nicht bestehen kann, wenn er nicht eine subjektive Basis in der Gesinnung seiner Mitglieder hat, so ist es gleichwohl der eigenthümliche Charakter des Rechts, sich als die allgemeine Macht zu objektiviren und die sittliche Nothwendigkeit in der Sphäre des objektiven Daseins schlechthin geltend zu machen, daher gegen die Willkühr des Individuums ohne Vermittlung durch seine subjektive Freiheit mit Zwang sich zu behaupten, woraus dann die Nothwendigkeit für das Recht folgt, eine der freien Subjektivität schlechthin entgegengesetzte Formbestimmtheit in äußerlichen Institutionen anzunehmen, welche eben die Möglichkeit seiner zwangsweisen Verwirklichung verbürgen.

Anm. — Die sittliche Substanz hat auch in der Potenz des Guten und der Pflicht eine von dem individuellen Willen unterschiedene Formbestimmtheit, sofern sie ihm gegenüber die allgemeine, schlechthin zu befolgende Norm des Handelns darstellt. Allein der große Unterschied gegenüber dem Rechte besteht darin, daß dort

Digitized by Google

das Daſein des Allgemeinen wieder in die Subjektivität ſelbſt, hier dagegen in das äußere Daſein fällt. Die Pflicht verkündigt ſich dem Subjekte innerlich als ein Sollen, das Recht dagegen fragt nichts nach der Innerlichkeit, es tritt den Menſchen als hartes Müſſen von außen an. Die allgemeine Vernunft, ſofern ſie es nicht auf das Innere des Subjekts, ſondern auf die Welt abgeſehen hat, worin der Menſch neben andern Menſchen lebt und in die Gaben der Natur ſich mit ihnen theilen muß, hat zwar gleichfalls ihr potentielles Daſein im Einzelwillen, aber dieß iſt nicht ihre Eigenthümlichkeit; vielmehr beſteht dieſe darin, daß die ſittliche Allgemeinheit in dieſer Form zugleich ein für ſich ſeiendes, objektives Daſein in äußeren Erſcheinungen und Einrichtungen hat, die, um zu gelten, ſich nicht an die Freiheit des Menſchen wenden, ſondern ſich gegen dieſe als ſchlechthin giltig behaupten und ihren Widerſpruch mittelſt phyſiſchen Zwangs neutraliſiren. Am Rechte hat daher eben die Sittlichkeit in der Potenz des Geſetzes ihre angemeſſene Erſcheinung, während ſie in der Potenz der Pflicht der Moral angehört.

Dieſer weſentliche Unterſchied muß aus der Indifferenz, worin ihn Hegel erlöſchen laſſen wollte, wiederhergeſtellt und inſoweit dem ſubjektiven Idealismus relativ Recht gegeben werden. Gleichwohl aber kann keine Rede davon ſein, deſſen Anſicht von Recht und Moral im Ganzen für irgend zulänglich zu halten, da ihm die Hauptſache, nämlich die Anerkennung des ſubſtantiellen Seins der allgemeinen Vernunft in beiden Potenzen, geradezu abgeht. Ebendeßhalb kann denn auch hier nicht davon die Rede ſein, den Staat als das abſtrakte Zwangsinſtitut, gleichſam als die Zwangsjacke der ſubjektiven Freiheit anzuſehen, wogegen, als gegen

Digitized by Google

ein nothwendiges Uebel, dieſe ſich möglichſt in ſich ſelbſt zurückzuziehen und in ein hohles moraliſches Pathos hinein zu arbeiten hätte. Im Gegentheil iſt der Staat, als Rechtsorganismus, eben nicht blos ein mechaniſches Gleichgewichtsſyſtem wechſelſeitiger Freiheitsbeſchränkungen, ſondern er iſt ſelbſt ein ſittlicher Organismus, der endlich ſeine beſte Nahrung gleichfalls nur aus der Geſinnung ſeiner Mitglieder zieht [1]).

§. 169.

Hiernach iſt nun 1) das Recht in dieſem ſeinem objektiven Daſein als äußeres *Geſetz* näher zu betrachten, wobei es denn nicht mehr, wie im erſten Kapitel, bloß unmittelbar als die abſolute Norm des objektiven Daſeins, ſondern als dieſe, wie ſie ſich zu den Individuen verhält, ſich darſtellt. Ebenſo iſt die *verbrecheriſche Handlung* nunmehr *in ihrer Beziehung auf das Geſetz* anzuſehen. Sonach iſt 2) der geſetzwidrigen Handlung die *Strafe* als die wahre, durch den Staat zu vollziehende Wiederaufhebung des Verbrechens entgegenzuſtellen, worauf 3) *die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen* in Verbindung mit den verſchiedenen, dabei eintretenden, Staatsfunktionen, ſo wie den Gründen, welche die Anwendung der Strafe ausſchließen, zu erörtern iſt.

---

1) *Wirth*, II. S. 83. 84.

Erſter Abſchnitt.

Das Geſetz und die geſetzwidrige Handlung.

§. 170.

Die Betrachtung des Verbrechens als ſchuldvoller Handlung wider das äußerlich exiſtirende Geſetz der objektiven Sittlichkeit zerlegt ſich wieder in folgende Abſchnitte: 1) iſt zu zeigen, wie jenes Geſetz ſich zur objektiven Exiſtenz bringt und in welches Verhältniß es ſich zu den Individuen ſetzt. 2) Iſt die ſchuldvolle Handlung in ihrer Beziehung auf das Geſetz zu erörtern. Hiemit ergiebt ſich 3) als der Boden für die wirkliche Exiſtenz des Verbrechens in ſeinem vollen Begriffe, ſowie für ſeine Wiederaufhebung — der Staat.

I. Das Recht als Geſetz.

§. 171.

Das formelle Recht iſt abſtrakt, ſofern es das Weſen des Willens in der Form ſeiner Beſonderheit (im Medium der Koexiſtenz der Individuen) iſt, dabei aber gegen den Inhalt des beſondern Willens ſich gänzlich indifferent verhält, ja denſelben überall nur als werthloſe Accidenz gelten läßt. Zwar bedarf nun das Recht des beſondern Willens nicht als reflektirten Organs, wie dies von der Pflicht geſagt werden muß; vielmehr gehört es zu ſeinem Weſen, reine Nothwendigkeit zu ſein. Allein gleichwohl kann es doch nur durch den erſcheinenden Willen reell werden. Eben aber, indem es denſelben nur in Beziehung auf ſeine Verbote als accidentell ſetzt, läßt es ihn im Uebrigen frei und macht den

Digitized by Google

nicht widerrechtlichen Inhalt seines Wohls selbst zum Rechte, welches gleichfalls seine Erfüllung fordert. Daraus enstehen zweierlei Forderungen: 1) daß das Wohl der Person als Rechtsangelegenheit behandelt und verwirklicht werde, 2) daß das formelle Recht selbst als Wohl der Person sich realisire. Von diesen Forderungen, deren Erfüllung den Begriff des Staats zum Resultate hat, gehört die letztere hierher. Das Recht muß seine Form als bloß abstraktes Wesen aufheben und sich als das Wohl des erscheinenden Willens setzen, was freilich der Natur der objektiven Sittlichkeit gemäß nur so geschehen kann, daß es sich als reines Müssen, ohne Vermittlung durch die subjektive Ueberzeugung als eine ihm nothwendige Form, vollzieht. Allein gleichwohl muß es eben hiedurch für die Person, eine Sache ihres eigenen Interesses, ein Mittel für ihr Wohl werden, und eben nur hiedurch vollendet sich sein sittlicher Charakter.

Anm. — Wenn Wirth I. S. 102, wo er den strengen Begriff des Gesetzes erörtert, mit Recht seinen Charakter als reiner Nothwendigkeit heraushebt, gegen welche die erscheinenden Willen bloße Accidenzien seien, so hat er hiemit ganz Recht, da das Gesetz diesen seinen specifischen Charakter gegenüber der Pflicht, welche umgekehrt den subjektiven Willen als reflektirtes Organ verlangt, niemals verlieren kann. Allein er selbst spricht es treffend aus [1]), daß damit die Nothwendigkeit des Subjektwerdens der Rechtssubstanz keineswegs ausgeschlossen werde. Dieses Moment ist aber weiter zu verfolgen; es ist nicht dabei stehen zu bleiben, daß der Rechtsorganismus „auch ein Gebiet des Erlaubten kenne", oder „daß er die Individuen innerhalb ihrer individuellen Einheiten frei sich ausbreiten lasse." Viel-

1) Vgl. Wirth II. S. 82.

Digitized by Google

mehr muß bestimmter gesagt werden, daß der Einzelne mit seinem Wohl selbst einen Rechtsanspruch habe, daß dieses Wohl, soweit es eben die Schranken des formellen Rechts respektirt, selbst als Recht verwirklicht werden müsse. Darin liegen nun aber die beiden oben angegebenen Forderungen, welche wesentlich zusammengehören. Im System des subjektiven Idealismus ist gerade nur das Verhältniß der Wechselwirkung zwischen diesen beiden Forderungen ignorirt geblieben, während der Gegensatz zwischen Recht und Moral an sich relativ richtig bestimmt war. Dieser Gegensatz blieb in seiner Abstraktion, weil eben nur dies aufgefaßt wurde, daß das Moralgesetz nur durch das Medium der subjektiven Freiheit hindurch wirken, der Staat dagegen die Erfüllung der Rechtspflichten nicht von der Gesinnung abhängig machen könne. Wenn nun Wirth [1]) diese Abstraktion mit Recht tadelt, so ist es doch nicht genug, wenn er sagt, der Zweck des Staats sei gleichwohl, Rechtsgeist zu werden. Wenn er aber ferner darauf dringt, daß es das Sittliche selbst sei, was im Staate Realität gewinne, daß der Staat nur innerhalb des Systems der Sittlichkeit als die Einheit begriffen werden könne, in welcher alles einer allgemeinen und äußerlichen Bestimmung fähige Sittliche zur Wirklichkeit gelange, — so ist dies zwar sehr richtig; aber die Hauptsache wäre nun eben, zu zeigen, wie auch die dem Rechte eigenthümliche schlechthin nothwendige, die Vermittlung durch die Subjektivität verschmähende, zwangsweise Wirksamkeit gleichwohl als eine sittliche, d. h. das Allgemeine mit dem Besondern identisch setzende Wirksamkeit zu begreifen sei? Soll dies möglich seyn, so darf es eben

1) A. a. O. S. 86.

Digitized by Google

nicht bei jenem Verhältniß der abstrakten Substantialität bleiben, sondern das Recht muß mit sammt seiner absoluten Nothwendigkeit sich doch zugleich als ein Gut des besondern Willens, als ein Mittel für die Zwecke seines Wohls setzen, eben wie umgekehrt dieses Wohl selbst zu einer rechtlichen Angelegenheit erhoben werden muß. Uebrigens lag auch dieses Moment schon in dem subjektiven Idealismus, indem er den Staat nur als Schutzanstalt für das Leben und Eigenthum der Individuen, hiemit als „bloßes Mittel der außer und vor ihm fertigen Einzelnen" ansah. Die Unwahrheit lag hier wieder nur darin, daß Recht und Staat bloß diese Bestimmung haben sollten, während es ganz richtig war, daß sie dieselbe überhaupt haben. Eben dies aber ist das, was wesentlich hervorgehoben werden muß, wenn das Recht wahrhaft als sittliche Macht begriffen werden soll. Auch sind es in der That die wichtigsten, besonders für den Geist unsrer Zeit bedeutendsten Konsequenzen, die hieraus abzuleiten sind, wie die repräsentative Form der gesetzgebenden Gewalt, die Oeffentlichkeit der Rechtspflege ꝛc. Uebrigens sagt Wirth dasselbe, wenn er bemerkt: „In der That sind beide Betrachtungsweisen (des Rechts als des Zwecks gegen die Einzelnen, und desselben als Mittels für die Lebenszwecke der Individuen) eins in der Idee des Staats; er ist die Verwirklichung des Sittlichen zum geltenden Rechte, dieses Sittliche aber ist ebenso das eigenste Wesen der Einzelnen, ihre Bestimmung und ihr Lebenszweck, als eine in ihrer Unendlichkeit über das endliche Dasein und Wollen des Einzelnen hinausliegende Macht."

§. 172.

Der Stoff nun, an welchem diese Bestimmung des Rechts sich vollzieht, sind die Handlungen des besondern

Willens, welcher eben an seinen Handlungen seine eigenthümliche Bethätigungsweise hat. Einerseits bedarf nämlich das Recht selbst, welches als die Allgemeinheit die Einheit im Mannigfaltigen seyn muß, zu seiner Erscheinung eben eines solchen Mannigfaltigen, wofür es sich als die Regel zu setzen hat, — andrerseits ist es eine Sache des persönlichen Wohls, für den absoluten Zufall, der mit der unendlichen Bestimmtheit des individuellen Handelns eintritt, eine bleibende Regel zu haben, wie sie durch das Recht gegeben wird. Es muß nun aber das Recht in dieser seiner Beziehung auf die unendlich mannigfaltigen, singulären Akte des individuellen Willens eine dreifache Bestimmtheit annehmen: 1) muß es als die Allgemeinheit derselben überhaupt wirklich gesetzt sein; 2) muß es als dieses gesetzte Allgemeine auch für die einzelnen Willen und ihr Wissen gesetzt sein, und 3) muß es als die regelnde Einheit des Vielen auch wirklich an den singulären Akten der erscheinenden Willen objektiv geltend gemacht werden.

Anm. — Es ist eine relativ ganz richtige Wendung, wenn Hegel (§§. 209. 210.) die Rechtspflege an das System der Bedürfnisse anknüpft. Eben in dem Zusammenstoß, der feindlichen Kreuzung der verschiedenen Interessen, Bedürfnisse und Ansprüche der Individuen ergiebt sich von selbst die Nothwendigkeit einer Allgemeinheit, worunter das Gleichartige zu subsumiren, einer Norm, wornach das wirklich Kollidirende zu entscheiden sei. Das besondere Wohl wird von selbst zum Zusammenhang des Wohls weiter geführt. Der Wille reflektirt sich aus der einseitigen Form seiner Besonderheit wieder in seine Totalität; und den Proceß dieser Reflexion vollzieht, wie Hegel ganz richtig schildert, die Intelligenz und ihre Bildung, welche eben in der Reibung der sich durchkreuzenden besonderen Interessen entsteht. Verständige Sichtung und Vergleichung führt

Digitized by Google

zu dem allen besondern Interessen immanenten allgemeinen Interesse des Rechts. Indem nun aber so das Recht als Produkt der Reflexion über das Wohl erscheint, so erweist es sich zugleich auch wieder als substantieller, über die Interessen der Besonderheit unendlich übergreifender, sie zu seinem bloßen Erscheinungsmedium herabsetzender Selbstzweck.

1) Das Gesetz.

§. 173.

Das Recht, als die absolute Norm des objektiv Sittlichen, ist stets in einer von dem erscheinenden Willen unterschiedenen Formbestimmtheit gesetzt, d. h. es ist als die allgemeine Regel der dem socialen Leben angehörigen Handlungen für das Bewußtsein fixirt und als solche bekannt, d. h. Gesetz. Durch diese Bestimmtheit ist es positives Recht, und zwar auch schon in Form der Sitte oder des Gewohnheitsrechts. Hiedurch giebt es sich aber an die Endlichkeit hin, und zwar 1) sofern überhaupt das, was Gesetz ist, von dem verschieden sein kann, was an sich Recht ist, 2) sofern es in den unendlich mannigfaltigen Verhältnissen der Familie, des bürgerlichen Verkehrs und des Staats in seiner äußeren Endlichkeit den Stoff seiner Anwendung findet und damit der örtlichen und zeitlichen Zufälligkeit sich preis giebt, 3) sofern es als gesetzte Allgemeinheit auf den einzelnen Fall anwendbar sein soll, der vermöge der Zufälligkeit der Endlichkeit vom Begriffe nicht vorher bestimmt werden kann, daher das Gesetz nach dieser Seite hin einen Spielraum haben muß, innerhalb dessen die Willkühr der Entscheidung sich bewegen kann [1]).

Anm. — Das Wesen ist allerdings das ewig Feste und Unwandelbare, was in allem Fluß und Wechsel

1) Hegel §. 212—214.

Digitized by Google

der Erſcheinung ſtehen bleibt; ja, was hier fluktuirt und ſo mannigfache Beſtimmtheit annimmt, iſt nur die Idee ſelbſt, die ihre Momente nur allmälig in's Daſein treten läßt, wo denn freilich bald das eine, bald das andere zur Herrſchaft gelangt und ſo den örtlich und zeitlich verſchiedenen Rechtsbildungen das verſchiedenſte Gepräge ertheilt. Indeſſen iſt unter den oben angeführten Mängeln, welche der Uebergang des Weſens in die Erſcheinung mit ſich führt, ein Unterſchied, ſofern die beiden erſteren ihre Aufhebung nur in der Gewißheit der weltgeſchichtlichen Entwicklung der Rechtsidee und der fortgehenden Vervollkommnung ihres endlichen Lebens finden, der dritte dagegen in der Sache ſelbſt ſeine Erklärung und damit ſeine Rechtfertigung findet. — Es wird hie und da der Philoſophie zum Vorwurfe gemacht, daß ſie keineswegs eine abſolute Norm aufſtellen könne, welche für alle Zeiten Geltung hätte, daß ſie alſo z. B. auch nicht feſtzuſtellen wiſſe, welche Handlungen unwandelbar als Verbrechen anzuſehen, und welche Uebel als Strafen feſtzuſetzen ſeien. Man hat es in der That der Philoſophie ſchon übel genommen, ja ſogar darin eine bösliche Täuſchung des Publikums ſehen wollen, daß ſie offen geſteht, ſie könne nicht der endlichen Erſcheinung in Ort und Zeit ſozuſagen das Kleid auf den Leib anmeſſen, vielmehr trete hier das Geſetz der Erſcheinung ein, welchem die Philoſophie der Geſchichte nur im Großen, nicht aber in allem Einzelnen nachrechnen könne. Die Urheber jenes Vorwurfs beweiſen nur, daß ſie von dem Gegenſtande und der Würde der Philoſophie keinen Begriff haben, und daß es auf die Fragen, welche ſie an dieſelbe richten zu müſſen meinen, ſchlechthin keine Anwort giebt [1]). Wenn ſie aber etwa

1) S. auch Abegg, Strafrechtstheorien. S. 59.

meinen, daß die Philoſophie deshalb, weil ſie das Recht des Poſitiven und der Geſchichte anerkennt und aus dieſem Grunde auf jene unſchicklichen Fragen aufzumerken verſchmäht, etwas Ueberflüſſiges und Unpraktiſches ſei, ſo beweiſen ſie damit, daß ſie auch von dem, was in Wahrheit das Praktiſche zu nennen iſt, keine Vorſtellung haben. Das ſchlechthin Unpraktiſche iſt es jedenfalls, ſich einzubilden, es müſſe irgendwo ein Orakel geben, das ein für allen Wechſel der Zeiten gleiches Recht zu vernehmen gäbe. Dagegen beſteht das wahrhaft Praktiſche darin, das poſitive Recht der Gegenwart und die Geſchichte ſeiner Bildung genau zu erforſchen, hiebei aber nicht ſtehen zu bleiben, ſondern ſofort ſich klar zu machen, welche Stufe in dem Entwickelungsgange der Idee dieſes poſitive Recht überhaupt, und näher ſeine gegenwärtige Geſtalt ausdrücke, und wohin dem gemäß das Abſehen derer gerichtet ſein müſſe, denen es zukommt, die Weiterbildung jenes poſitiven Rechts zu leiten. Das nämlich verſteht ſich ja wohl von ſelbſt, daß die Philoſophie das Poſitive nicht in Bauſch und Bogen anerkennt, ſondern daß ſie an der Rechtsidee — zwar nicht ein für alle Zeiten, Nationen, Sitten, Kulturſtufen ꝛc. paſſendes Univerſalrecept, dagegen allerdings einen untrüglichen Prüfſtein für den Werth jeder zeitlichen Entwickelungsſtufe und ein Mittel hat, um zu erkennen, wie die Bildung dieſer Zeit weiter zu fördern ſei. — Noch viel kläglicher iſt übrigens das Mißverſtändniß, wenn der Philoſophie ein Vorwurf daraus gemacht wird, daß ſie das Geſtändniß ausſpricht, für die Anwendung des Geſetzes auf den konkreten Fall könne die Begriffsbeſtimmtheit nur eine allgemeine Grenze angeben, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen ſtattfinde, ſo daß, da

dieſes zum Behuf der Verwirklichung abgebrochen werden muß, eine innerhalb jener Grenze zufällige und willkührliche Entſcheidung eintrete. Weil ſie als Princip die Wiedervergeltung nach dem gleichen Maße aufſtellt, ſo hat man ihr wohl gar zugemuthet, etwa eine Tabelle, eine arithmetiſche Regel beizubringen, wornach man ſich die Rechnung für jeden einzelnen Fall machen könnte. Allein es iſt ja doch klar, daß das Geſetz ſeinem Begriffe nach eine abſtrakte Natur haben muß, ja daß es eben um ſo ſchlechter iſt, je kaſuiſtiſcher es den unberechenbaren Reichthum der konkreten Fälle ſeiner Anwendung voraus zu berechnen verſucht. Das Geſetz kann ſich dieſer quantitativ und qualitativ in's Unendliche gehenden Mannigfaltigkeit gegenüber nur als Maß verhalten, welches ſofort innerhalb einer allgemeinen Grenze der Willkühr der Entſcheidung einen Spielraum laſſen muß. Es iſt ſchlechthin thöricht, Geſetze zu verlangen, die auf einen einzelnen Fall paſſen ſollen, wie zwei kongruente Dreiecke auf einander paſſen. „Die Vernunft iſt es ſelbſt, welche anerkennt, daß die Zufälligkeit, der Widerſpruch und Schein ihre, aber beſchränkte, Sphäre und Recht hat, und ſich nicht bemüht, dergleichen Widerſprüche in's Gleiche und Gerechte zu bringen; hier iſt allein noch das Intereſſe der Verwirklichung, das Intereſſe, daß überhaupt beſtimmt und entſchieden ſei, es ſei auf welche Weiſe es (innerhalb einer Grenze) wolle, vorhanden. Wollte man ſich gegen dieſe Zufälligkeit erklären, ſo würde man eine Abſtraktion ausſprechen. Das Quantitative einer Strafe kann z. B. keiner Begriffsbeſtimmung adäquat gemacht werden; und, was auch entſchieden wird, iſt nach dieſer Seite zu immer eine Willkühr. Dieſe Zufälligkeit aber iſt ſelbſt nothwendig, und wenn man daraus etwa

Digitized by Google

gegen ein Gesetzbuch überhaupt argumentirt, daß es nicht vollkommen sei, so übersieht man eben die Seite, woran eine Vollendung nicht zu erreichen ist, und die daher genommen werden muß, wie sie liegt. (Hegel §. 214. Anmerk. und Zusatz). — Die neuen Kriminalgesetzgebungen sind durch das Bedürfniß auf diese Einsicht geführt worden, und haben es daher für die Regel aufgegeben, absolut bestimmte Strafen festzusetzen, an deren Stelle sie sich vielmehr mit Strafrahmen begnügen, innerhalb deren der Richter sich auf und ab bewegen kann.

2) Das Dasein des Gesetzes.

§. 174.

In der Nothwendigkeit der allgemeinen Verbindlichkeit des Gesetzes liegt die Forderung, daß es auch im Dasein, für das Bewußtsein derer, die es verbinden soll, die Form der Allgemeinheit haben, d. h. daß es allgemein bekannt gemacht sei. Zwar wird nicht erst hiedurch die allgemeine Verbindlichkeit begründet, welche vielmehr dem Rechte auch in der Form des Gewohnheitsrechts zukommt; aber es ist ein Unrecht des Staats, wenn er bei erwachender Bildung jene Forderung zu befriedigen unterläßt.

Anm. — Positives Recht, hiemit allgemein verbindliche Norm des Handelns, ist auch das Gewohnheitsrecht [1]); denn auch so ist das Recht das Gemeinbewußtsein Aller über das Allgemeine und Substantielle in ihren socialen Verhältnissen. Daher kann ein Strafrecht ausgeübt werden auch ohne förmlich geschriebenes Gesetz. Es ist nicht nöthig, daß man erst förmliche Gesetze mache, um damit abzuschrecken und sofort an demjenigen ein Exempel zu statuiren, welcher sich

1) Ueber seine Bedeutung im Strafrechte s. Luden Handb. I. S. 134 bis 140. Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 240 ff.

Digitized by Google

nicht abſchrecken läßt. In dieſem Sinne iſt daher der Feuerbachiſche Satz: Nulla poena sine lege unwahr. Dagegen iſt es allerdings eine wohl begründete, viel weiter gehende Forderung, daß das poſitive Recht überhaupt in ein Geſetzbuch redigirt werde. (Hegel §. 215). Und, wenn nun dieſer Forderung Genüge geſchieht, ſo hat dies allerdings noch den weiteren Effekt, daß nunmehr die Rechtsunwiſſenheit allen Grund zur Entſchuldigung vollends verliert und ſelbſt bei Polizeiübertretungen nicht mehr von der Verantwortlichkeit befreien kann. — Auch der lange Streit über Kodifikation übrigens, in welchem ſich die hiſtoriſche Schule ihr Prognoſtikon ſelbſt am beſten geſtellt hat, iſt wenigſtens im Gebiete des Strafrechts auf dem Wege des Bedürfniſſes ganz im Sinne der Philoſophie zur Entſcheidung gebracht worden. — Darüber ſodann, daß es abſurd ſei, an ein Geſetzbuch die Vollendung zu fordern, daß es ein abſolut fertiges, keiner weiteren Fortbeſtimmung fähiges ſeyn ſolle, und hiemit den weſentlichen Unterſchied zwiſchen einem Vernunft-Allgemeinen und einem Verſtandes-Allgemeinen, bei welchem die Vollkommenheit nur in dem Perenniren der Annäherung beſteht, ganz zu verkennen, ſ. Hegel §. 216 Anm. und Zuſ. — Leider kommt bei dem gemeinen deutſchen Strafrechte der Gedanke der unendlichen Perfektibilität eines Geſetzbuchs nur in Verbindung mit einer ganzen Reihe zufälliger hiſtoriſcher Uebelſtände zur Sprache, da hier Wiſſenſchaft und Praxis die Lücke ausfüllen mußten, welche durch das Einſchlafen und Blindwerden der geſetzgebenden Gewalt entſtand [1]).

1) ſ. Wächter Gemeines Recht in Deutſchland.

3) Die Rechtspflege.

§. 175.

Das so im Dasein und Bewußtsein gesetzte Allgemeine ist endlich als das objektiv Sittliche auch wirklich zur Realität zu bringen, d. h. es ist gegen die individuellen Willensakte, welche ihm ihre besondern Interessen entgegensetzen, zu jeder Zeit als die einzig giltige Regel des socialen Daseins darzustellen. Diese Operation setzt als Organ einen Willen voraus, der, ungetrübt von subjektiven Einflüssen, nur das Substantielle als solches zu wollen und zu verwirklichen fähig ist, hiemit eine öffentliche Macht, die nicht nach dem Gefühle, sondern nach objektiven Gründen und Regeln entscheidet, — die Rechtspflege durch das Gericht. Diese öffentliche Macht hat sonach die Bestimmung, das Recht, als das Substantielle an allen singulären Akten und Verhältnissen der socialen Individuen, zugleich für deren Bewußtsein, als ihr eignes Wohl, zu verwirklichen. Indem sie aber die ganz singulären Lebensäußerungen des Individuums zum Objekte hat, so muß sie, wenn sie nicht in Gewissensrichterei ausarten soll, sich auf solche Handlungen beschränken, in welchen die Negation des Rechts sich schon auf irgend eine Weise ein bestimmtes Dasein gegeben hat. Solche Akte sind aber ganz besonders die Verbrechen, welche nach objektiv gesetzlichem Gange wieder aufzuheben und dagegen die ewige und allgemeine Giltigkeit des Rechts zu bestätigen, mithin zu den Hauptaufgaben der Rechtspflege gehört.

Anm. — Das Nähere über die Begründung der Rechtspflege muß hier wieder aus der Rechtsphilosophie überhaupt vorausgesetzt werden. So viel ist aber klar, daß die Forderung der Rechtspflege überhaupt sich nur mit der Forderung des Gerichts, als eines von der subjektiven Empfindung des konkreten Falls ungeirrten

Digitized by Google

Willens vollendet, sowie, daß das Gericht das Dasein und Bekanntsein des Gesetzes zur Voraussetzung hat. Sodann handelt es sich aber auch hier noch nicht davon, die Rechtspflege als solche darzustellen, was vielmehr erst den dritten Theil der vorliegenden Entwicklung des Strafrechts auszumachen hat; sondern es genügt, sie als diejenige öffentliche Funktion aufgeführt zu haben, deren Bestimmung es ist, das Recht als die absolute Norm des socialen Daseins an den singulären Akten und Verhältnissen der Individuen unaufhörlich, und zwar als deren eigenes Wohl, zu verwirklichen, namentlich also auch die Wiederherstellung des Rechts aus der durch das Verbrechen gesetzten Negation in objektiv gesetzmäßigem Gange zu leiten. Das Recht hat sich aber näher als gesetztes Recht, als daseiendes und für das Bewußtsein seiendes Gesetz bestimmt. Hiemit erscheint das Verbrechen als gesetzwidrige Handlung.

II. Die gesetzwidrige Handlung.

§. 176.

Dem Rechte, als nothwendig positiv gesetztem, gegenüber bestimmt sich nun die rechtsverletzende Handlung näher als gesetzwidrige Handlung. Hiemit tritt sie aber unter verschiedene Gesichtspunkte, 1) als objektive Gesetzesübertretung, wornach sie ihren verbrecherischen Charakter eben nur in Beziehung zu dem wirklich im Dasein und für das Bewußtsein gesetzten Rechte erhält, 2) als subjektiv gesetzwidrige Handlung, sofern die Wirklichkeit der kriminalistischen Schuld nun gerade das für das allgemeine Bewußtsein gesetzte Dasein eines objektiven Pflichtenkreises als Gegenstand ihrer Entgegensetzung voraussetzt. Indem aber

3) das Verbrechen hiemit als eine das im allgemeinen Bewußtsein gesetzte Recht verletzende Handlung erscheint, ist es zugleich in Beziehung auf den allgemeinen socialen Zustand gesetzt, und erweist sich hiernach auch als gefährliche Handlung.

1) Die objektive Gesetzesübertretung.

§. 177.

Die Sittlichkeit in der Potenz des Rechts kann überhaupt nur in einem nach Art und Größe bestimmten Dasein verletzt werden, weil sie der objektiven Existenz angehört. Es liegt aber darin noch das Weitere, daß dieses quantitativ und qualitativ bestimmte Recht auch ein durch Gewohnheit oder förmliches Gesetz für das allgemeine Bewußtsein seiendes Dasein haben muß. Ein Verbrechen muß daher immer die Uebertretung eines Gesetzes im wahren Sinne, d. h. die Uebertretung einer positiven Rechtsbestimmung seyn.

Anm. — In diesem Sinne [1]) hat der Feuerbachische Grundsatz: Nulla poena sine lege seine vollkommene Anwendbarkeit. Es ist aber klar, daß ihm dann eine völlig andere Bedeutung beigelegt werden muß, als er sie bei dem Urheber der psychologischen Zwangstheorie hatte [2]), der entschieden genug ausspricht, daß lediglich die Androhung eines Uebels durch das Gesetz den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe begründe. Nicht nur ist hier stets ein förmliches, zum Zwecke der Abschreckung gegebenes Gesetz, sondern es ist auch noch weiter vorausgesetzt, daß die Strafbarkeit eben nur in dem Sich nicht abschrecken lassen bestehe. Beides ver-

1) Vrgl. Marezoll Lehrb. S. 54—56. Luden Hdbch. I. S. 5. 6. 13. 14.

2) Feuerbach Lehrb. §. 20.

hält sich aber nach unsrer Auffassung umgekehrt. Man sieht hiebei, daß die spekulative Philosophie der Wirklichkeit keineswegs den Krieg erklärt, vielmehr die Positivität des Rechts fordert, ja dieselbe gegen die kritische Philosophie in Schutz nimmt, welche zwar auch Gesetze im Strafrechte verlangte, aber eben nur neue, nach ihrem Sinn verfaßte, wogegen sie das bestehende Recht nur nothgedrungen, und in demselben nur das durch förmliches Gesetz, nicht auch das durch Gewohnheit Gewordene respektirte. Freilich soll aber mit dem Obigen nicht gesagt seyn, daß es gleichgiltig sei, ob bloße Strafgewohnheiten oder förmliche Strafgesetze bestehen. Im Gegentheil ist es schon oben als eine heilige Pflicht des Staats bemerklich gemacht worden, förmliche Strafgesetze zu erlassen und möglichst allgemein bekannt zu machen. Hiedurch entsteht dann allerdings auch die Möglichkeit der abschreckenden Wirkung der Strafgesetze, welche Qualität als eine sehr zweckmäßige anzuerkennen ist; aber weder kann dieser psychologische Zwang als Grundlage des Strafrechts überhaupt, noch kann das Verbrechen dafür angesehen werden, als wäre es erst durch das gesetzliche Verbot eine strafwürdige Handlung geworden [1]). Sehr richtig bemerkt Marezoll, schon die Natur bringe es beim Strafrechte mit sich, daß seine positive Ausbildung vorzugsweise der eigentlichen Legislation anheimfallen müsse, und daß nur, wo diese ihre Schuldigkeit nicht thue, mit Nothwendigkeit auch hier dem Gewohnheitsrechte wieder ein freierer Spielraum werde gestattet werden müssen, als er ihm eigentlich zukomme. Diese Bemerkung ist vornämlich für das

1) Heffter Lehrb. §. 18—20. Luden Hdbuch. I. S. 14. Rossi III. S. 221 ff.

Digitized by Google

gemeine deutsche Strafrecht in den letzten Jahrhunderten praktisch gewesen, und eben hieran knüpfen sich die traurigen Kontroversen über das Verhältniß zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht im deutschen Strafrechte, welche eben deshalb auch nur historischen Werth haben [1]). Thatsache ist, daß hier die legislative Gewalt „ihre Schuldigkeit Jahrhunderte lang nicht gethan," und daher an die Stelle der positiven Satzungen ein Gerichtsgebrauch sich gesetzt hat, der im höchsten Maße derogatorisch war. Hatte man bis um die Mitte des 18ten Jahrhunderts noch einigermaßen den Schein der Gesetzlichkeit gewahrt, so brachen seitdem vor der Macht der Nothwendigkeit alle Dämme, und das Recht des Lebens ward allmälig ein ganz neues, natürlich sehr buntscheckiges. Nun war es freilich eine schlimme Lage für die Kriminalisten des 19ten Jahrhunderts, wenn sie einerseits die Thatsache anerkennen mußten und andrerseits sich scheuten, theoretisch dem Gewohnheitsrecht die Macht einzuräumen, die es sich praktisch genommen hatte [2]). Während einerseits Feuerbach die ungeheuren Aenderungen, welche die Praxis eingeführt hatte, nur (wie Staatsrevolutionen) als Thatsache, nicht als Recht anerkennen wollte, Martin sie sogar geradezu ganz ignorirte, so drehten und wanden sich fast alle Uebrigen, so gut es eben gieng, um das, was praktisch nicht zu läugnen war, auch theoretisch bald mehr, bald minder probabel zu machen. Man darf sich jetzt

1) Vgl. darüber z. B. Feuerbach Lehrb. §. 5 Anm. mit Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 240 ff. Luden Hdbch. I. S. 134—140. Besonders aber Wächter Gem. Recht in Deutschland. S. 110 — 143.

2) Auch dies ist übrigens geschehen von Schröter Hdbch. I. §. 31. Stübel Krim.-Verfahren III. S. 146. Jordan Auslegung der Strafgesetze. S. 107 — 109.

Digitized by Google

wohl geſtehen, daß der Zuſtand ein troſtloſer war, wie denn auch die betreffenden Beſtimmungen der Kriminaliſten [1]), welche ſich zwiſchen den Extremen halten wollten, bald vag, bald widerſprechend lauten. — Sieht man nun von dieſer hiſtoriſchen Fatalität ab und ſucht das Verhältniß zwiſchen Geſetz und Gewohnheitsrecht aus der Natur der Sache zu beſtimmen, ſo wird man zunächſt feſthalten müſſen, daß jedenfalls das Geſetz die reifere Form gegenüber der Gewohnheit iſt. Nur freilich ſetzt dieſer Satz voraus, daß das Geſetz auch wirklich ſeine Beſtimmung erfülle, der Ausdruck des wirklichen allgemeinen Wiſſens und Willens einer Nation zu ſeyn, eine Qualität, welche ihm durch die von dem modernen Staatsbewußtſein geforderte Repräſentativ-Verfaſſung am ſicherſten garantirt wird. Da nun ein Geſetz jedes Mal, wenn es in's Leben tritt, die Aufgabe hat, jenes allgemeine Wiſſen und Wollen unmittelbar auszuſprechen, ſo liegt es in der Natur der Sache, daß es ein derogirendes Gewohnheitsrecht gegen ſich nicht anerkennen kann, wenn es ſich nicht ſelbſt verdammen will. In einem wohlorganiſirten Staate kann die Frage nach der Berechtigung einer ſolchen derogatoriſchen Gewohnheit gar nicht entſtehen, weil es hier in der Vorausſetzung liegt, daß alle diejenigen Elemente, welche allein der Gewohnheit ihre rechtliche Kraft verleihen, ſchon auf dem Wege der Geſetzgebung ſelbſt ihre richtige Auffaſſung und rechtzeitige Erledigung finden. Daraus rechtfertigt es ſich denn auch, wenn unſre neuen Strafgeſetzbücher eine vom Geſetze abweichende Praxis verpönen. Andrerſeits aber iſt die Ungiltigkeit einer ſolchen derogirenden Praxis eben auch nur dadurch be-

1) Vgl. z. B. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Heffter §. 15. Marezoll §. 21. 40. Luden I. S. 106 vgl. S. 134 ff.

Digitized by Google

dingt, daß die Gesetzgebung wirklich „ihre Schuldigkeit thut," daher für den entgegengesetzten Fall Puchta [1]) vollkommen Recht hat, wenn er der Praxis jenes Recht einräumt. Denn, obgleich das Gewohnheitsrecht als die minder vollkommene Erscheinungsform des Rechts betrachtet werden muß, so wohnt ihm gleichwohl dieselbe rechtliche Lebenskraft bei, wie dem förmlichen Gesetze. Das Eine, wie das Andere, hat den letzten Grund seiner Giltigkeit nur darin, daß es als Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung auftritt. Sollte daher in der Zukunft das geschriebene Recht wiederum in Widerspruch mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung kommen, ohne daß die Gesetzgebung ihrer Pflicht nachkäme, so würde sich gegen dasselbe ein neues Gewohnheitsrecht mit derselben rechtlichen Nothwendigkeit geltend machen, wie dies gegenüber den Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts geschehen ist [2]). Auch wäre die Giltigkeit eines solchen neuen Gewohnheitsrechts keineswegs von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung des Gesetzgebers abhängig, welche Bedingung man hie und da aufstellt [3]). Indessen hat auch noch außerdem, d. h. auch in dem Falle pflichtmäßiger Aufmerksamkeit und Thätigkeit der Gesetzgebung die Praxis immer noch ihren, freilich beschränkten, Werth. Denn nicht nur ist es dem Begriff eines guten Gesetzes zuwider, auch nur für die Gegenwart den Richter vollkommen binden zu wollen, sondern es geht auch noch weiterhin aus der Einsicht in die perennirende Perfektibilität des positiven Rechts [4]) die Nothwendigkeit für die Gesetzgebung her-

1) Gewohnheitsrecht II. S. 247. 248. 261. A. M. Mittermaier a. a. O.
2) S. Wächter a. a. O. S. 113—122.
3) S. Heffter §. 15. n. 5. §. 24. dagegen Luden a. a. O.
4) Hegel §. 216.

Digitized by Google

vor, bei der Praxis ſelbſt in die Schule zu gehen. Nur freilich wird in dieſem Sinne die Praxis in ein ſolches organiſches Verhältniß zur Geſetzgebung treten, daß ihr durch die letztere jedes Mal im entſcheidenden Augenblicke die Nothwendigkeit erſpart wird, ſich als ſelbſtändige Rechtsnorm geltend zu machen.

§. 178.

Daraus folgt, daß eine Handlung, welche vom Geſetze geſtattet iſt, kein Verbrechen ſeyn kann, ſollte ſie auch abgeſehen davon die Natur des Verbrechens zu haben ſcheinen. Hiernach liegt kein Verbrechen vor, wo die rechtsverletzende Handlung vom Geſetze entweder geduldet oder ſogar geboten, oder wo dem Gegenſtande derſelben durch das Geſetz diejenige Eigenſchaft entzogen iſt, vermöge welcher eben die fragliche Handlung den Charakter der Rechtsverletzung hätte.

Anm. — Dieſe Beſtimmung hat freilich in einem philoſophiſchen Syſteme des Strafrechts wenig Werth, während ſie im gemeinen deutſchen Strafrecht allerdings Bedeutung hat und noch größere hatte. Doch iſt auch hier das Meiſte, was ehemals zu erwähnen war, von der modernen Kultur abſorbirt worden. So denn mehrere Fälle der ſogenannten erlaubten Selbſthilfe [1]), desgleichen die Menge von Fällen ſtrafloſer Handlungen an Geächteten, Zigeunern und ſonſtigen Rechtloſen [2]). Was jetzt noch unter der betreffenden Kategorie zu erwähnen iſt, beſchränkt ſich auf Weniges. 1) Fälle, wo das Geſetz eine Handlung duldet, in welcher außerdem eine Rechtsverletzung liegen würde. Hier ſind von den vielen ſtrafloſen Tödtungen des älteren Rechts nur geringe Reſte übrig geblieben, die größtentheils noch dazu jetzt unter die Kategorie der Nothwehr zu ſtellen ſind, mithin

1) Wächter Lehrb. I. S. 93. 94.
2) Abegg Unterſuchungen. n. 2.

nichts Eigenthümliches mehr haben [1]). Im Grunde kann man nur noch die auch nach vollbrachter Entwendung gegen den fliehenden Dieb oder Räuber noch geſtattete Selbſthilfe und was dem ähnlich iſt, hieher zählen [2]), die denn übrigens auch ganz nach den von der Nothwehr geltenden Grundſätzen behandelt werden [3]). 2) Fälle, in welchen eine derartige Handlung vom Geſetze ſogar geboten iſt, näher, wo ſie entweder in einer Dienſtpflicht oder in einem geſetzlich vollkommen verbindlichen Befehle [4]) ihre Rechtfertigung findet. Im erſten Falle entſcheidet das konkrete Dienſtgeſetz, woraus eben die fragliche Berechtigung geſchöpft werden muß, die Frage wird beſonders wichtig bei Militärperſonen und untergeordneten Dienern der Obrigkeit, wie Zoll-, Forſt-, Jagdoffizianten, wo es ſich davon handelt, ob ſie von ihren Waffen Gebrauch machen dürfen, aber auch bei höheren öffentlichen Dienern, wo ſie, die Freiheit Andrer beſchränkende, geſetzlich verbindliche Befehle zu ertheilen haben [5]). Im zweiten Falle iſt, wie Luden [6]) treffend ſagt, vorausgeſetzt, daß der Befehl dem Gehorchenden als das im einzelnen Falle anzuwendende Geſetz ſelbſt erſcheinen muß, was nur in dem Subordinationsverhältniſſe des öffentlichen Dienſtes vorkommen kann, wo der Untergeordnete durch das Dienſtgeſetz verbunden iſt, den Befehlen ſeines Vorgeſetzten, den er als Organ des Geſetzes anzuſehen hat, Folge zu leiſten. Auch in

---

1) Abegg a. a. O. S. 89 ff. 123 ff. 223. ff. 333 ff.

2) Wächter Lehrb. I. §. 53.

3) Wirtemb. Strafgb. Art. 102. Hufnagel I. S. 222.

4) Wie Heffter §. 57. n. 6 dieſen unter die Gründe der Zurechnungsfähigkeit ſtellen kann, iſt unklar.

5) Luden Handb. I. S. 323. 324.

6) A. a. O. S. 311.

dieſer Sphäre erkannte das gemeine Recht noch andre Verhältniſſe an, in welchen ein vollkommen verbindlicher Befehl mit derſelben Wirkung vorkommen ſollte, insbeſondere die väterliche Gewalt und Dienſtherrſchaft. Allein die richtigere Meinung iſt wohl, daß ſchon das gemeine Recht hier nicht unter allen Umſtänden Strafloſigkeit des Gehorchenden annehme [1]). Jedenfalls haben neuere Geſetzgebungen dem modernen Rechtsbewußtſein gemäß den entgegengeſetzten Grundſatz entſchieden aufgeſtellt, wenn gleich der Befehl mit Recht wenigſtens unter die Strafmilderungsgründe geſtellt wird [2]). Aber auch im Subordinationsverhältniſſe des öffentlichen Dienſtes werden mit Recht noch weitere Bedingungen gefordert, nämlich: daß der Befehl von der kompetenten Behörde, welcher der Handelnde zum Gehorſam verpflichtet war, ausgegangen, daß er in der geſetzlich gültigen Form erlaſſen worden ſei, und daß er eine im Kreiſe der dienſtlichen Funktionen des Gehorchenden liegende Handlung betreffe [3]). Ja, noch außerdem wird mit Recht gefordert, daß der Subalterne, wenn er den widerrechtlichen Charakter des Befehls kenne und zum Remonſtriren noch Zeit habe, letzteres zu thun verpflichtet ſei [4]). Auch hier iſt alſo die Strafloſigkeit ſehr beſchränkter Natur [5]). — 3) Fälle, in welchen in Folge geſetzlicher Anordnung dem Gegenſtande der Handlung gerade diejenige Eigenſchaft mangelt, unter deren Vor-

1) Wächter Lehrb. I. §. 60. vgl. §. 68. not. 30. Luden I. S. 315.

2) Vrgl. Anm. zum baier. Gb. I. S. 305—307. Hufnagel III. S. 138.

3) Bair. Gb. Art. 122. Wirt. Gb. Art. 403. Hannövr. Gb. Art. 15. Braunſchw. Gb. Art. 251. Heſſ. Gb. Art. 40.

4) Breidenbach Komm. I. S. 553.

5) Abegg Unterſ. S. 90—106.

ausſetzung allein die Handlung den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. Auch hier können weiter unterſchieden werden: Fälle, da gewiſſe Perſonen oder Klaſſen von Perſonen überhaupt geſetzlich als rechtlos zu betrachten, und Fälle, da einer Perſon nur beſtimmte Rechte auf geſetzlichem Wege abgeſprochen ſind. Was die erſten betrifft, ſo iſt es hier namentlich der Fall, daß der Fortſchritt der Civiliſation die Reihen gelichtet hat [1]). Indeſſen behauptet doch noch Feuerbach, daß an einem zum Tode Verurtheilten keine Tödtung begangen werden könne, daß ebenſowenig gegen einen eigenmächtig zurückkehrenden Verwieſenen ein Verbrechen, gegen einen für ehrlos Erklärten eine Injurie möglich ſei [2]). Abegg hat jedoch in der mehr angeführten Abhandlung [3]) zur Genüge nachgewieſen, daß dieſe Behauptungen weder philoſophiſch, noch poſitivrechtlich haltbar ſeien. Man wird vielmehr nur noch die erlaubte Tödtung eines Monſtrums hierherſtellen können, wo nicht auch dieſer Fall durch Partikularrecht [4]) aufgehoben iſt. Am eheſten würde noch der Zuſtand des Kriegs den Grundſatz ſtrafloſer Tödtung auch noch in modernen Rechtsverhältniſſen zu rechtfertigen ſcheinen. Indeſſen iſt auch hier das neuere Völkerrecht weit humaner, als das frühere, ſofern es dem Nichtmitſtreitenden gegen fremde Krieger und Unterthanen des feindlichen Staats nur ein (etwa den Umſtänden gemäß etwas erweitertes) Recht der Nothwehr, und ein Recht des Angriffs nur etwa bei einem erklärten Vernichtungs-

1) Abegg a. a. O. S. 78 ff. 293. ff. 362.

2) Lehrb. §. 34. 40.

3) Vrgl. Abegg im N. Arch. IX. S. 620 ff. Geſterding Ausbeute I. S. 369 ff. Roſſi II. S. 9.

4) S. z. B. Preuß. L. R. §. 718.

Digitized by Google

kriege gestattet [1]). Eine andre Frage ist dann wieder, ob nicht aus dem Kriegszustande für rechtsverletzende Handlungen gegen feindliche Soldaten wenigstens ein Strafmilderungsgrund abzuleiten sei? Gleichfalls nicht hierher gehört die Frage, ob rechtsverletzende Handlungen gegen fremde Staaten oder deren Unterthanen (falls die Handlung im Auslande verübt wird) als gesetzlich gestattet zu betrachten seien [2])? Denn ihre Beantwortung setzt den Begriff des, allerdings nothwendig räumlich abgeschlossenen, Staats voraus, wovon erst unten zu handeln ist. Daß die Frage im Allgemeinen zu verneinen ist, versteht sich zwar von selbst, da das Recht überall irgendwie als Gesetz Dasein hat. Die Frage hat aber eben nur die Bedeutung, ob der eine Staat Handlungen strafen dürfe, welche gegen einen andern gerichtet sind? Was aber die Frage angeht [3]), wie es zu halten sei, wenn die Wirksamkeit einer gesetzlich bestehenden Strafdrohung suspendirt erscheint, z. B. in einem unter Feindesgewalt stehenden Lande, so liegt die Antwort im Grunde schon in der Frage selbst; sie ist rechtlich leicht, aber faktisch kann sie allerdings von höchster Bedenklichkeit seyn. — Was dagegen die Fälle betrifft, wo einer Person nur ein bestimmtes Recht auf gesetzlichem Wege abgesprochen ist, so reduciren sie sich auf den Einen Fall der Absprechung bestimmter Ehrenrechte, z. B. des Adels, einer Würde u. dgl. [4]). —

---

1) Heffter §. 37. not. 2. Literatur bei Feuerbach §. 34. not. a. und Mittermaier not. 1. a. a. O.

2) Feuerbach §. 40. Heffter §. 35 not. 2.

3) Heffter §. 35. not. 3.

4) Henke I. S. 200. Heffter §. 37. not. 3.

Digitized by Google

Daß die gewöhnlich [1]) noch weiter hierher gestellten Fälle der Nothwehr, des Nothstands, der Verletzung seiner selbst oder eines einwilligenden Dritten theils an sich falsch beantwortet seien, theils wenigstens nicht an diese Stelle gehören, hat sich theilweise schon oben, und wird sich noch ferner weiter unten ergeben.

2) Die subjektiv gesetzwidrige Handlung.

§. 179.

Wenn gleich (s. §. 158) das Verbrechen seine Natur nicht erst dadurch erhält, daß es positiv als solches aufgestellt und mit Strafe bedroht wird, so gehört es doch andrerseits auch wesentlich zur Erscheinung des Verbrechens, daß ein Gesetz dadurch übertreten werde. So wenig nun aber der Uebertreter eines solchen Gesetzes das specielle Gesetz gekannt haben muß, um verbrecherische Schuld auf sich zu laden, so gewiß muß er doch auf diejenige Stufe der Bildung vorgerückt sein, auf welcher das Bewußtsein entsteht, daß das objektiv Sittliche überhaupt in einem Kreise von objektiven Institutionen und Gesetzen sich fixirt habe, daß hiemit eine Entgegensetzung dagegen nicht bloß einen beschränkten subjektiven Pflichtenkreis, sondern einen Kreis objektiver, d. h. nöthigenfalls mit Zwang zu realisirender Verbindlichkeiten verletze. Dieses Bewußtsein entsteht jedoch nicht sogleich mit der erwachenden Zurechnungsfähigkeit überhaupt, welche vielmehr bei dem gesunden Menschen längere Zeit schon vorhanden ist, ehe ihm seine Stellung zu jener objektiven Welt des substantiellen Willens klar wird, da er vielmehr noch innerhalb der, nicht auf dem Princip des Rechts, sondern auf dem moralischen ruhenden Welt der Familie

---

1) Auch von Abegg Lehrbuch S. 161 ff.

Digitized by Google

ſein ſittliches Centrum hat. Wenn alſo gleich der Menſch auch vor dem Eintritt jenes Bewußtſeins zurechnungsfähig iſt, ſo iſt er es doch nicht kriminaliſtiſch; er kann zwar Schuld, aber nicht verbrecheriſche Schuld auf ſich laden. Denn das geſetzte Recht kann nur von einem Willen verletzt werden, für welchen es als ſolches da iſt. Auch geſchieht es erſt auf dieſer Stufe der Entwicklung, daß das Subjekt die Möglichkeit wird, ſich gegen die in daſſelbe ſich kontinuirenden Reize der äußeren und ſeiner eigenen Natur frei zu erhalten [1]), und daher mit derjenigen Willkühr zu handeln, welche die Vorausſetzung der verbrecheriſchen Schuld bildet. Hieraus geht als praktiſches Reſultat hervor, daß von wirklichen Verbrechen, welche geſetzwidrige Handlungen und zwar, wenn gleich nicht gegen ein ſpeciell gekanntes Geſetz gerichtet, ſo doch im Allgemeinen mit dem Bewußtſein begangen ſein müſſen, daß die objektive Welt der Sittlichkeit als ein Kreis äußerer Geſetze und Inſtitutionen beſtehe, bei ſolchen Individuen nicht die Rede ſein kann, bei welchen ein ſolches Bewußtſein vermöge des natürlichen Entwickelungsgangs der erſt werdenden Intelligenz und Freiheit, oder vermöge einer krankhaften Entwicklung noch gar nicht eingetreten oder auch wieder verdunkelt worden iſt, alſo nicht bei Kindern vor einem gewiſſen Alter, bei Taubſtummen, bei von Natur Blödſinnigen, bei partiell Wahnſinnigen oder völlig Wahnſinnigen in ihren etwaigen lichten Zwiſchenräumen.

Anm. — „Die Schuld, dem Inhalte ihres Begriffs nach, iſt die Verbindlichkeit, der verletzten Pflicht Genugthuung zu leiſten. Der Begriff des Schuldig, noch abgeſehen von ihm als Prädikat einer Unthat, iſt mit dem des Sollens', welcher in dem Verhältniſſe der Pflicht zum ſubjektiven Willen als ſeines Weſens liegt, iden-

1) Wirth Ethik I. S. 121.

Digitized by Google

tisch, und: Du bist schuldig, diese Pflicht zu erfüllen, — heißt darum dasselbe, wie: Du sollst sie erfüllen“ [1]). Hievon sind es nur weitere Konsequenzen, wenn die Schuld und hiemit die Verbindlichkeit zur Genugthuung nur der freien Kausalität des Subjekts zugeschrieben wird; (soll nämlich die Wiederaufhebung des Unrechts eine Tilgung der Schuld seyn, so muß eben die innerste Subjektivität Grund der Verletzung gewesen, letztere darf nicht durch eine unabhängig vom Subjekt auf dasselbe einwirkende Macht der äußeren oder seiner eigenen inneren Natur hervorgebracht worden seyn;) — und wenn ferner insbesondere als Voraussetzung der kriminalistischen Schuld das entwickelte Bewußtsein des Subjekts über seine Stellung zu dem Kreise der objektiv sittlichen Gesetze angegeben wird. (Denn die verbrecherische Schuld ist eben nicht bloß die Verletzung einer Pflicht, sondern die einer in objektiven Gesetzen fixirten Verbindlichkeit.) Soll daher ein Individuum wirklicher Verbrecher werden können, so muß es auf demjenigen Stadium der geistigen Entwicklung angekommen seyn, wo es sich nicht mehr bloß als Mitglied einer relativen, auf das Princip der Moral gebauten, sittlichen Einheit, wie der Familie, sondern als besonderen, persönlichen Willen, als Atom im socialen Zustand weiß. Es muß sich als freie Kausalität den Gesetzen gegenüber wissen. Dies setzt aber voraus, daß das Individuum, das an sich nur werdende Freiheit ist, für sich frei, geistig mündig geworden sei. Damit trifft dann das andere Moment zusammen, daß erst auf diesem Standpunkte zugleich dem Laufe der natürlichen Entwicklung gemäß überhaupt die volle Möglichkeit der freien, gegen innere und äußere Naturreize

1) Wirth a. a. O. I. S. 119.

unabhängigen Selbstbestimmung eintritt. Daraus rechtfertigt es sich denn, wenn der Anfangspunkt der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit von dem der Zurechnungsfähigkeit überhaupt unterschieden und später angesetzt wird, ein Gesichtspunkt, der in Folgendem noch nähere Beleuchtung erwartet. — Daß nun in der Regel der fragliche Gesichtspunkt nicht mit der gehörigen Schärfe aufgefaßt wird, obgleich man die Resultate meistens richtig angegeben findet, wurde schon oben bemerkt (§. 84 und S. 187. 188). Bald sagt man, die Kindheit gehöre unter die Zustände der Zurechnungsunfähigkeit überhaupt [1]); bald wird behauptet, die Kinder können nur nicht den Strafgesetzen des Staats unterliegen, — entweder, weil sie noch keinen Unterschied zwischen Recht und Unrecht zu machen wissen [2]), oder weil sie unfähig seien, sich eine Vorstellung von der Handlung zu machen, insbesondere sich die Einwirkung vorzustellen, die mit derselben auf die Außenwelt hervorgebracht wird [3]). Gegen Ersteres erklärt sich Luden mit Recht, nur daß er ohne Grund auch Hefftter und Marezoll als Vertheidiger jener Ansicht anführt; denn ersterer hebt ganz den richtigen Gesichtspunkt hervor, daß die juristische Zurechnungsfähigkeit nicht ohne eine gewisse Entwicklung der menschlichen Individualität durch das Leben selbst gedacht werden, daher auch nur erst dann anfangen könne, wenn der Mensch zu einer solchen Reife gelangt sei, wo er über die Summe seiner bürgerlichen Verpflichtungen nicht

1) Feuerbach, §. 90. Martin, §. 38. Abegg, S. 143. Wächter, I. S. 115.

2) S. die §. 84 not. 2 angef., und Marezoll, §. 27.

3) Luden, I. S. 276.

Digitized by Google

mehr im Unklaren seyn könne; Marezoll dagegen vertheidigt die zweite Ansicht. Hätte man aber zwischen dieser und der von Luden selbst aufgestellten zu wählen, so müßte man wohl ohne Weiteres die erstere vorziehen. Allein auch diese geht zu weit, wenn sie den Kindern überhaupt die Fähigkeit der Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht abspricht, da unter dieser Voraussetzung auch keine korrektionelle Strafgerechtigkeit gegen sie möglich wäre. Vielmehr ist aber den Kindern nur die Fähigkeit, sich zu gesetzwidrigem Unrecht zu bestimmen, abzusprechen, und nur dies will auch der römische Ausdruck doli capacitas besagen [1]). Nun unterscheidet zwar das römische Recht nur zwischen völliger Strafloſigkeit und voller Strafbarkeit, welche letztere es bei dem pubertati proximus eintreten läßt, sobald er im konkreten Falle die individuelle Reife dazu zeigt [2]). Das kanonische Recht dagegen läßt die Jugend auch bei vorhandener doli capacitas noch als Strafmilderungsgrund gelten. Dabei liegt dem gemeinen Rechte der Gedanke zu Grunde, daß es auch wesentlich auf die Art des Verbrechens ankomme, ob rei intellectus bei dem jugendlichen Thäter angenommen werden könne, oder nicht [3]). Die Ansicht der Karolina ist bestritten. Doch scheint soviel gewiß, daß sie auch die Unmündigkeit mit dem kanonischen Rechte in der Regel für einen Strafmilderungsgrund ansieht, dagegen mit dem römischen Rechte es auf die individuelle Reife im konkreten Falle ankommen läßt, ob nicht auch über einen pubertati proximus (nach Hefftter [4]) sogar über einen noch

1) Berner, a. a. O. S. 105.
2) Wächter, I. S. 116—118.
3) Roßhirt, Entwicklung. S. 193 ff.
4) §. 51. n. 2.

Digitized by Google

Jüngeren) die volle Strafe verhängt werden könne [1]). An dieſen Beſtimmungen iſt es nun ohne Zweifel ganz richtig, daß ſie auf die individuelle Reife geſehen wiſſen wollen, ebenſoſehr aber auch, daß kanoniſches und deutſches Recht nicht ſogleich volle Strafbarkeit der Unmündigen ſtatuiren. Was nun neueren Geſetzgebungen noch hinzuzuſetzen blieb, das war vornämlich ein Uebergang aus der Zeit, wo das Kind ganz der Familien- und Schulzucht anheim gegeben bleibt, in die Zeit, wo die volle kriminaliſtiſche Zurechnungsfähigkeit zu beginnen hat, ein Uebergang, wofür die bloße Anerkennung des jugendlichen Alters als eines Strafmilderungsgrundes, beſonders wenn man daneben den Grundſatz annimmt, daß Bosheit das Alter erfülle, einen nur dürftigen Erſatz gewährt. Gleichwohl iſt dieſes Syſtem nicht nur im Preußiſchen Landrecht [2]) und im Oeſtreichiſchen Geſetzbuch, ſondern auch noch in ſpäteren Geſetzgebungen, z. B. der Bairiſchen und Sächſiſchen (welche letztere auch den Grundſatz: malitia supplet aetatem annimmt [3]) noch beibehalten. Dagegen enthält die franzöſiſche Geſetzgebung das richtige Moment, wenn ſie ſolche jugendlichen Uebertreter, bei welchen discernément anzunehmen iſt, in das Korrektionshaus verweist [4]), eine Beſtimmung, zu welcher das Wirtembergiſche Geſetzbuch [5]) eine An-

1) Grolman, Bibl. I. 1. S. 40 ff. Luden, I. S. 275. n. 2.

2) Vgl. auch ein Reſkript v. J. 1796, wornach, wenn Bosheit das Alter erfüllt, ſelbſt vor dem achten Jahre Kriminalſtrafe eintreten kann.

3) Darüber Herrmann, Beurtheilung, S. 122—126. Schüler, Beiträge, S. 49.

4) Code pénal. Art. 66.

5) Art. 95. 96. Hufnagel, I. S. 302. Auch das Braunſchw. G.B. läßt die Ergreifung polizeilicher Maßregeln und Beſſerungsmittel zu. Vgl. auch den Erhard'ſchen Entw. für Sachſen, Art. 53.

näherung enthält. Weniger passend erscheint es, wenn das französische Gesetz vor dem sechszehnten Jahre es überall dem Richter überläßt, ob er bei dem Angeschuldigten discernément annehmen zu können glaubt, oder nicht [1]), während die deutschen Gesetzgebungen, durchgängig dem gemeinen Recht folgend, einen Zeitraum der infantia ausscheiden, während dessen lediglich (höchstens unter Aufsicht des Staats [2]) die Disciplin der Familie und Schule eintreten soll. Dagegen ist allerdings für den Zeitraum (etwa) zwischen dem zehnten und sechszehnten Jahre das französische System das bessere, während die deutschen Gesetzgebungen auch hier mit einer Präsumtion durchgreifen, gegen welche dann nur ausnahmsweise Strafloſigkeit, resp. strengere Strafbarkeit angenommen werden soll [3]).

Der gleiche Grund, wie beim jugendlichen Alter, tritt auch über den normalen Zeitpunkt geistiger Reife hinaus ein, wenn vermöge krankhafter Entwicklung jener Zeitpunkt bei einer Person noch gar nicht eingetreten, oder zwar eingetreten, aber das damit gesetzte Bewußtsein wieder verdunkelt worden ist. In die erste Sphäre gehört insbesondere der Zustand wild aufgewachsener, von der menschlichen Gesellschaft abgesperrt gewesener, ferner blödsinniger Personen, denen nicht alle Zurechnungsfähigkeit abgesprochen werden kann, endlich solcher Taubstummen, die nicht völlig ununterrichtet geblieben sind. Zwar will Berner [4]) nur die ununterrichteten Taub-

1) Hellie, II. S. 166.

2) Baier. G.B. Art. 98. 99.

3) Vgl. noch Mittermaier zu Feuerbach, §. 90. a. und die in den Noten a—b Angef. Ferner Hohbach, Beiträge Nr. 2. und besonders Abegg in den fortgef. Hitzig'schen Annalen, II. S. 1—32.

4) A. a. O. S. 113. 114. Vgl. Mittermaier, a. a. O. not. m—o.

Digitized by Google

stummen bloß pädagogischer Züchtigung unterworfen wissen, während die Strafbarkeit unterrichteter keinem Zweifel unterliegen und ihr beklagenswerther Zustand nur als Milderungsgrund in Betracht kommen soll. Es dürfte aber richtiger seyn, alle Genannten von der peinlichen Strafe zu eximiren und der korrektiven Strafgerechtigkeit zu überweisen, da bei ihnen von derjenigen geistigen Mündigkeit, welche der Staat, wenn er nicht im Widerspruch mit den Ansprüchen der freien Persönlichkeit pädagogische Elemente in sich aufnehmen will, als Normalmaß für die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit aufstellen muß [1]), auch im besten Falle doch nicht die Rede seyn kann. In die zweite Klasse dagegen wären insbesondere partiell Verrückte, und Verrückte in etwaigen lichten Zwischenräumen zu stellen [2]).

3) Die gefährliche Handlung.

§. 180.

Das Verbrechen, als Verletzung des für das allgemeine Bewußtsein gesetzten Rechts, nimmt zugleich Beziehungen auf das Wissen und Wollen Andrer an. Denn, da dieses Recht als das allgemeine Wohl und das Wohl jedes Einzelnen gedacht und erstrebt wird, so erscheinen sich a) in Einem Mitgliede der Gesellschaft Alle verletzt, und es erscheint somit die Gesetzesübertretung zugleich als gefährliche Handlung, woraus sich besondere Gesichtspunkte für die Wiederaufhebung des Verbrechens ergeben. Diese Qualität der Handlung fällt aber b) hinweg, wo das Verbrechen an einem Einwilligenden oder vom Thäter an sich selbst begangen wird, da ein Unrecht, dessen Zufügung den

1) Wirth, I. S. 121.
2) Vgl. Berner, 183.

Digitized by Google

formellen Willen des zu Verletzenden zur Voraussetzung nimmt, eben hiedurch seine Beziehung auf andere Individuen abschneidet, welche jenen formellen Willen nicht haben. Andrerseits erweitert sich aber c) eben vermöge seiner Beziehung auf den allgemeinen socialen Zustand der Begriff des Verbrechens über sich selbst hinaus zu dem des Polizeivergehens, welches zwar das Moment der Gesetzübertretung mit ihm gemein hat, dagegen keine Verletzung des Rechts als Rechts, vielmehr eben nur gefährliche Handlungen im e. S., d. h. solche, welche die reale Möglichkeit und konstante Vermittlung des wirklichen Verbrechens bilden, zum Gegenstande hat. Der Begriff der gefährlichen Handlung fixirt sich hiemit für sich eigenthümlich in dem der Polizeiübertretung, welche sofort eine neben der Rechtspflege weiter bestehende allgemeine Funktion, das Institut der Polizei voraussetzt, und hiemit auf den Begriff des socialen Organismus oder des Staats führt.

§. 181.

a) Insofern das Recht (als Berechtigung der Individuen, wie als öffentliches Recht positiv gesetzt und im Bewußtsein aller Koexistirenden so gesetzt ist, in diesem seinem Dasein aber als das gemeinsame Wohl aller Einzelnen gewußt und gewollt wird, so erscheint das Verbrechen nicht mehr bloß als die Verletzung einer vereinzelten Berechtigung, sondern als die Verletzung aller ähnlichen Berechtigungen; das einzelne Recht erscheint als ein allgemeines Gut, das nicht nur dem unmittelbar Verletzten, sondern zugleich allen Uebrigen geschmälert wird. Dies macht den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit aus, der beim Verbrechen als gesetzwidriger Handlung eintritt. Es stellt sich hiemit als ein nicht bloß isolirtes, sondern weitere Gefahren, theils von Seiten des bestimmten Individuums, welches eben das Verbrechen begangen hat, theils von Seiten der Uebrigen,

Digitized by

welche daran ein böses Beispiel nehmen können, drohender Akt, hiemit als ein Akt dar, der über seine Besonderheit hinaus eine allgemeine Wirkung, die Erschütterung der gesammten Rechtsordnung zur Folge haben kann, bei dessen Wiederaufhebung daher auch nicht bloß auf seine Besonderheit, sondern eben auf jene seine allgemeine Bedeutung gesehen werden müsse. Es entsteht hiemit für diese Wiederaufhebung die Forderung, daß sie zur Sicherung Aller dienen und im Bewußtsein Aller die Macht des Rechts gegen das Unrechts wiederherstellen solle. Uebrigens ergiebt diese Forderung kein festes Resultat, sofern einerseits das Verbrechen in seiner gefährlichen Beziehung auf den socialen Zustand eine größere Wichtigkeit erhält, andrerseits aber eben diese Wichtigkeit durch das Bewußtsein der Macht der die Gesellschaft befestigenden Gesetze und Institutionen wieder herabgesetzt wird [1]).

Anm. — Dieser Standpunkt ist der gemeinsame aller sogenannten relativen Theorieen von ihrer politischen Seite, welche mit ihrer moralischen (s. oben) nicht zu verwechseln ist. Daß nun eine relative Berechtigung derselben, aber eben nur in der Bedeutung von Momenten, allerdings anzuerkennen sei, ist auch von Abegg [2]) wiederholt ausgesprochen worden. Allein es kommt bestimmter darauf an, diese Behauptung auch auszuführen, was durch einen Parallelismus der Strafrechtstheorieen mit den drei Stufen der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft und des Staats um soweniger ausreichend geleistet wird, als diese dialektische Reihe in der von Hegel ihr gegebenen Entwicklung überhaupt an wesentlichen Mängeln leidet. Hiernach ist nämlich immer die Meinung, daß der zweite Standpunkt der bür-

1) Hegel §. 218.

2) Am ausführlichsten in seinen Strafrechtstheorieen.

Digitized by Google

gerlichen Gesellschaft ein in sich unwahrer, daher ganz in den der Staatssubstantialität aufzuhebender sei, eine Tendenz, die bei Hegel durch seine geschichtliche Stellung gegen den subjektiven Idealismus sich ebenso erklärt, wie seine sonderbare Behandlung der Moral. Dieselbe, gegen die Reflexionsphilosophie ungerechte, Tendenz findet sich denn auch in Abeggs Kritik ihrer Strafrechtstheorieen [1]), die nur verständige Reflexionen und Nützlichkeitstendenzen enthalten (d. h. also wohl alles spekulativen Moments entbehren), und nur innerhalb der, Staat und Sitte verläugnenden, Theorie der auf Vertrag gegründeten bürgerlichen Gesellschaft sollen Geltung ansprechen dürfen.

Allein, daß das Verbrechen eine gefährliche Handlung sei, ist ein Gesichtspunkt, der nicht etwa bloß bei dem Uebergange aus der Familie in den Staat eintritt, auf dem wahrhaften Standpunkte des Staats aber verschwinden oder auf die besondere Klasse der sogenannten gefährlichen Verbrechen sich beschränken lassen müßte. Vielmehr bleibt die Gefährlichkeit eine wesentliche Qualität des Verbrechens überhaupt auch auf dem Boden des wirklichen Staats. Denn —, sowie dies auch Abegg [2]) ganz richtig schildert, — sobald das Recht sich als Dasein im allgemeinen Bewußtsein gesetzt hat (als Gesetz im w. S., geschriebenes oder ungeschriebenes), so wird nicht etwa nur an gewissen Arten und Klassen von Verbrechen die Gemeinschädlichkeit derselben als vergrößerndes Moment hervorgehoben, nicht bloß bei dem einzelnen Verbrechen besonders auch noch dies erwogen, ob nicht darin noch eine specielle Gefahr für Andere oder für Alle liege, — sondern „es kommt

1) A. a. O. S. 48—50. 55—73.
2) A. a. O. S. 40—42.

Digitized by Google

noch ein andrer Gesichtspunkt hinzu: nicht dieses oder jenes Verbrechen bloß ist ein größeres nach seinen möglichen gefährlicheren Folgen, sondern das Verbrechen überhaupt, die Störung des gemeinen Friedens und der gegenseitig gewährten Sicherheit ist eine gefährliche Handlung, und diese Gefahr, verschieden von der zuvor gedachten, ist nicht bloße Möglichkeit, Befürchtung, sie ist wirklich, und darum auch ein Unrecht von Seiten dessen, der sie herbeiführt, dem die Gesellschaft entgegenzuwirken hat." Dieser Gesichtspunkt aber, sowie die von Abegg ganz richtig damit in Verbindung gebrachte Nothwendigkeit der Polizeistrafgerechtigkeit, ist kein bloß transitorischer, den eine auf das Gerechtigkeitsprincip gebaute Gesetzgebung entbehren könnte, oder etwa nur bei den gemeinschädlichen Verbrechen zur Anwendung zu bringen hätte. Abegg scheint hier in der That den §. 118 bei Hegel nicht ganz richtig aufgefaßt zu haben, obgleich er auch dem andern, darin enthaltenen, Momente (daß nämlich die ihrer selbst sicher gewordene Macht der Gesellschaft die äußerliche Wichtigkeit der Verletzung heruntersetze und daher eine größere Milde in der Ahndung des Verbrechens herbeiführe) seine — freilich gleichfalls untergeordnete — Stellung anzuweisen sucht [1]). Denn es handelt sich nicht etwa davon, beide entgegengesetzten Rücksichten neben einander unterzubringen, wie bei Abegg geschieht, sondern der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit ist es, aus welchem je nach der Verschiedenheit der Kulturstufen das eine Mal die Tendenz der Abschreckung ꝛc., das andere Mal die der Milde hervorgeht, so daß also an die Gesetzgebung die Forderung zu machen ist, die letztere Tendenz immer mehr als die überwiegende geltend zu machen, keines-

1) Abegg a. a. O. S. 48.

Digitized by Google

wegs aber etwa aus Gerechtigkeitssinn gegen die verschiedenen Strafrechtstheorieen auch die Abschreckungstendenz immer noch im Schlepptau mitzuführen. „Ist die Gesellschaft noch an sich wankend, dann müssen durch Strafen Exempel statuirt werden; denn die Strafe ist selbst ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens. In der Gesellschaft aber, die in sich fest ist, ist das Gesetztsein des Verbrechens so schwach, daß hiernach auch die Aufhebung dieses Gesetztseins zu messen seyn muß. Harte Strafen sind also an und für sich nichts Ungerechtes, sondern stehen im Verhältniß mit dem Zustande der Zeit; ein Kriminalkoder kann nicht für alle Zeiten gelten, und Verbrechen sind Scheineristenzen, die eine größere oder geringere Abweisung nach sich ziehen können“ [1]). — Als gefährliche Handlung erscheint das Verbrechen überhaupt in seiner Beziehung auf den socialen Zustand, der das durch objektive Institutionen und Gesetze Befestigte ist, worin jeder Einzelne sein Wohl und Alle zusammen ihr gemeinsames Wohl erkennen. Hieraus ergiebt sich dann von selbst, daß, wenn der gesellschaftliche Zustand noch nicht vollkommen fest ist, das Verbrechen überall wichtiger und eine strenge Reaktion dagegen nothwendig erscheint, daß aber sofort dieser Gesichtspunkt immer mehr verschwinden und der Milde weichen muß, je sicherer die Macht der Gesellschaft in sich selbst wird. Diese einfache Wahrheit wird durch die Geschichte des gemeinen Strafrechts hinlänglich bestätigt. Sehen wir das römische an, so tritt uns das republikanische mit der ganzen sittlichen Austerität der Fichtischen Ansicht entgegen. Während die ältesten Quellen noch mehrfache Spuren der materiellen Wiedervergeltung enthalten, so spaltet sich das Strafrecht sofort in öffent-

1) Hegel §. 218. Zus. a. E.

liches Strafrecht und Privatpönalwesen. Letzteres bleibt auf dem Uebergangsstandpunkt der Privatgenugthuung beharren (berechtigt durch das innerste Wesen der antiken Staatsanschauung); erstres dagegen hält die Alternative fest, die Fichte's Thesis und Antithesis ausdrücken; Rechtlosigkeit (bürgerlicher Tod) oder Abbüßung. Die Kaiserzeit sofort huldigt dem Systeme der Abschreckung und Prävention in allen seinen Variationen [1]), und erst der Staat in seiner Altersschwäche nimmt endlich, ohne Zweifel durch religiösen Einfluß geleitet, auch den Gesichtspunkt der Besserung auf, der aber freilich da nur ein oberflächlich aufgeklebter bleibt, und das aus dem Abschreckungsprincip herausgearbeitete Rechtssystem nicht mehr zu durchdringen und umzugestalten vermag [2]). Auch in der Geschichte des germanischen Strafrechts sehen wir von der Zeit an, wo überhaupt endlich das Staatsbewußtsein (in Deutschland in Form der Landeshoheit) sich kräftiger geltend zu machen anfieng, dieselbe Aufeinanderfolge der Tendenzen eintreten, nur mit dem Unterschiede, daß die zweite nicht erst von dem altersschwachen Staate aufgenommen wird, sondern von ihm in seiner Manneskraft, nachdem sie ihm schon frühe durch das Recht der christlichen Kirche als Ideal vorgehalten worden war. Sehen wir insbesondere auf das eigentliche Deutschland, so finden wir um die Zeit, wo aus der Anarchie des Faustrechts endlich der moderne Staat aufzutauchen anfängt, gerade an denjenigen Stellen, wo dieses Streben sich am eifrigsten und glücklichsten zeigt (besonders in den, überhaupt als Vorkämpfern erscheinenden, Städten), das Strafrecht

1) A. M. ist Abegg a. a. O. S. 78. ff. s. aber auch Luden I. S. 82.

2) Vgl. auch Rein Kriminalrecht der Römer. S. 77—88.

Digitized by Google

ganz entſchieden in der Tendenz der Sicherung des noch ſchwankenden geſellſchaftlichen Zuſtands, der Drohung, Abſchreckung, der Selbſtvertheidigung und Nothwehr ſich entwickeln, eine Richtung, die auch in der Karolina noch ſehr erſichtlich und durch die Hinweiſung auf das römiſche Recht von ihr noch weiterhin anerkannt iſt, wie ſie denn auch mit der Verfolgung des abſtrakten Inquiſitionsprincips im Strafproceſſe genau zuſammenhängt. Allerdings iſt nun der germaniſche Staat dazu berufen, das allein wahre Princip im Strafrechte, das der gerechten Wiedervergeltung, zu realiſiren. Es iſt deshalb ganz in der Ordnung, daß ſich dieſe Idee ſchon in früheren Rechtsquellen, insbeſondere auch in der Karolina, angedeutet und theilweiſe auch ausgeführt findet. Allein es heißt doch den bisher aufgetretenen Geſetzgebungen zu viel Ehre erweiſen, wenn Abegg ſich bemüht, auch ihnen ſchon ſammt und ſonders das Princip der Gerechtigkeit zu vindiciren. Die Unwahrheit dieſer Behauptung, die freilich erſt in einer Darſtellung der Geſchichte des Strafrechts näher aufgewieſen werden kann, macht ſich wohl ſchon dadurch bemerklich, daß gerade diejenigen Geſtaltungen der germaniſchen Staatsidee, welche in der Entwicklung derſelben am weiteſten voran ſind (der engliſche, franzöſiſche und nordamerikaniſche Staat) [1]), jetzt eben erſt auf dem Standpunkte begriffen ſind, wo die Tendenz der Beſſerung entſchieden die der Abſchreckung zu verdrängen beginnt, ſowie daß eben noch im 19ten Jahrhundert die deutſche Wiſſenſchaft in der Ausbildung der Präventions- und

1) Abegg a. a. O. S. 25. meint freilich, die deutſche Staatsſitte ſei über das Rechtsbewußtſein der gedachten Staaten längſt hinaus. Allein leider kann dies nur von der deutſchen Wiſſenſchaft, keineswegs von der deutſchen Staatsſitte geſagt werden.

Abſchreckungstheorie ihre bis jetzt glänzendſten Triumphe, von denen namentlich auch noch die neueſten Strafgeſetzgebungen zeugen, gefeiert hat. Vielmehr darf zwar allerdings als der Kern des germaniſchen Rechtsbewußtſeins in Beziehung auf das Strafrecht die Idee der gerechten Wiedervergeltung angenommen, aber es muß auch zugeſtanden werden, daß dieſer Kern noch mancher Entwicklungen bedarf, und daß das poſitive Recht (wie es namentlich auch in den Anſichten der praktiſchen Geſchäftsmänner ſich ſpiegelt) in dieſem Gebiete noch um ein Ziemliches hinter der Wiſſenſchaft zurück ſteht. Macht man ſich keine optimiſtiſchen Vorſtellungen über den deutſchen Staat, bedenkt man, daß er, um voller Ausdruck ſeiner Idee zu werden, noch mehr als Ein Stadium zu durchlaufen hat, wovon er überdies mehrfach mit aller Kraft zurückgehalten wird, ſieht man, daß bei der Mehrzahl der Gebildeten noch die ganz den relativen Strafrechtstheorieen analoge ſubjektiv-idealiſtiſche Anſicht vom Staate herrſcht, blickt man weiterhin auf den Strafproceß hinüber, in welchem Deutſchland größtentheils faſt noch die Anfänge derjenigen Entwicklungen entbehrt, welche vor Allem nöthig ſind, wenn das Strafrecht des Staats als eine im Bewußtſein der Bürger ſich reflektirende, lebendige Macht thätig werden ſoll, — dann wird man es auch ganz natürlich finden, daß ſelbſt die neuſten Geſetzgebungen noch weit davon entfernt ſind, dem Principe der Gerechtigkeit zu huldigen, vielmehr ſich durchaus noch auf dem Meere der relativen Theorieen herumtreiben und damit als Produkte eines Uebergangszeitpunkts darſtellen, deſſen Zeichen nicht an ihnen allein offenbar werden.

§. 182.

b) Die Beziehung des Verbrechens auf das geſellſchaftliche

Digitized by Google

Wohl, als gefährlicher Handlung, fällt nun aber überall hinweg, wo der Thäter die Verletzung ſich ſelbſt oder einem Einwilligenden zufügt. Indeſſen bezieht ſich dies natürlich zunächſt nur auf die Verletzung ſolcher Rechte, welche Beſtimmungen an der Perſönlichkeit ausmachen. Bei dieſer iſt aber wieder eine weſentliche Unterſcheidung zu machen: nämlich zwiſchen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten. Letztere ſind weſentliche Beſtimmungen der Perſönlichkeit, auf welche ſie gar nicht verzichten kann, weil ein ſolcher Verzicht immer nur ihren beſondern Willen zur Quelle hätte, vor ihrem ſubſtantiellen Willen aber niemals ſich rechtfertigen könnte. Dagegen gehört zu jenen das nicht mit dem Seyn des Subjekts ſelbſt Identiſche, ſondern ihm Aeußerliche, das Eigenthum, aus welchem ſich zurückziehen zu können, ſelbſt eine weſentliche Beſtimmung des perſönlichen Willens iſt. Ja, wenn man bedenkt, daß auf das Recht des Eigenthums an ſich, die Eigenthumsfähigkeit überhaupt gleichfalls Niemand vernünftiger und giltiger Weiſe verzichten kann, weil auch dies zu den ſubſtantiellen Beſtimmungen der Perſönlichkeit gehört, ſo muß jener Unterſchied zwiſchen unveräußerlichen und veräußerlichen Rechten ſelbſt für einen bloß ſcheinbaren erklärt und vielmehr geſagt werden, daß überhaupt kein Recht, ſondern nur die Beziehung des Rechts auf Sachen veräußerlich ſei. Jedenfalls aber iſt klar, daß eine Handlung, welche ein ſolches Objekt zum Gegenſtand hat, niemals als rechtsverletzend gelten kann, ſobald der Schaden Leidende eingewilligt hat, da in dieſer Einwilligung eben ein zuläſſiger, weil keine weſentliche Beſtimmung der Perſönlichkeit treffender, Verzicht liegt. Ebenſo iſt jedoch klar, daß dahin nur Handlungen gegen die Vermögensrechte gehören können, daher denn allerdings ein Verbrechen wider das Eigenthum von Niemanden an ſich ſelbſt oder an einem Einwilligenden begangen werden kann. Anders verhält es

Digitized by Google

sich dagegen mit denjenigen Rechten, deren Gegenstand mit dem Seyn des Subjekts identisch ist, wie das Leben, oder eine wesentliche Bestimmung der Persönlichkeit ausmacht, wie Freiheit, Ehre, geist-leibliche Integrität. Diese sind, wie gesagt, unverzichtbar, daher eine gegen diese Rechte als solche gerichtete Handlung ein Verbrechen bleibt, auch wenn sie der Thäter an sich selbst oder einem Dritten begeht. Gleichwohl ist nun eine solche Handlung wenigstens keine gefährliche, weil sie, obgleich den substantiellen Willen, doch nicht zugleich den aktuellen Willen der Person verletzt, mithin für keinen bedrohlich erscheint, der selbst nicht im Widerspruch seines aktuellen Willens mit seinem substantiellen sich befindet. Wenn gleich daher eine derartige Handlung Verbrechen (Uebertretung des, über die Willkühr erhabenen, objektiven Gesetzes) bleibt, so ist sie doch ein geringeres, als eine solche, welche den substantiellen und den aktuellen Willen der Person zugleich verletzt. — Immer aber versteht sich von selbst, daß, wenn die Einwilligung des Verletzten die eine oder die andere Wirkung haben soll, dieselbe auch von einem eines wahren Willens Fähigen ausgegangen und ernstlich gemeint gewesen seyn muß.

Anm. — Die Fragen, ob Jemand an sich selbst, und ob man an einem Einwilligenden ein Verbrechen begehen könne, gehören nothwendig zusammen [1]), und man kann nicht beide nach verschiedenen Principien beantworten, ohne sich eines auffallenden Widerspruchs im Denken schuldig zu machen, obgleich dies hie und da schon geschehen ist. — Was nun zunächst den berühmten Grundsatz: Volenti non fit injuria betrifft, so giebt es zwar auch hier solche, welche an der Möglichkeit einer philosophischen Entscheidung der auftauchenden Rechtsfragen

1) S. auch Wächter I. S. 104.

Digitized by Google

verzweifeln [1]). Allein theils sind einzelne Momente der richtigen Entscheidung vorlängst von der Wissenschaft beigebracht worden, theils darf man den neueren Gesetzgebungen zum Ruhme nachsagen, daß sie diese im Ganzen richtig getroffen haben, und es hat daher die Doktrin hier weniger, als anderswo, nöthig, sich selbst ein testimonium paupertatis auszustellen. Von jeher nämlich hat man zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten unterschieden, womit man allerdings der Wahrheit sehr nahe kam; und der Fehler lag nur darin, daß man sich theils über den wahren Sinn dieses Unterschieds nicht klar war, theils keine Berechtigung zu dessen Aufstellung hatte. Als allgemein von jeher zugegeben darf angesehen werden, daß der Grundsatz überall nur auf Verletzungen solcher Rechte, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen, sich beziehe [2]), wobei denn von den theilweise unrichtigen oder vagen Gründen abgesehen werden kann, aus welchen bei den übrigen (Gesetzes- oder Polizei- ꝛc.) Verbrechen der Grundsatz ausgeschlossen wird. Bleibt man nun aber bei jenen Verbrechen stehen, so sind nach der Grunddifferenz in der Ansicht über die Natur des Rechts zwei extreme Ansichten über die Frage möglich, nämlich entweder: daß alle Rechte der Persönlichkeit verzichtbar seien, oder: daß dies von keinem derselben zugegeben werden dürfe. Den ersten Standpunkt sollten konsequenter Weise alle Anhänger des subjektiven Idealismus behaupten, wie dies denn auch Stübel [3]) mit bekanntem Scharfsinne thut. Denn nach dieser Grundansicht liegt

1) N. Arch. XI. S. 65 ff. 239 ff.
2) Luden Handb. I. S. 316. not. 2.
3) N. Arch. IX. S. 551 ff. s. auch Wächter a. a. O. Feuerbach erste Ausg. §. 40.

Digitized by

es, wie Luden treffend ſagt, in dem Begriffe jedes Rechts, daß man die Befugniß hat, daſſelbe zu derelinquiren [1]). Gleichwohl werden die meiſten Anhänger jener Grundanſicht ihrem Standpunkte ungetreu, und behaupten (freilich in der Sache richtig), daß die Einwilligung nur bei denjenigen Rechten, über welche dem Privatwillen gültige Verfügungsbefugniß zuſtehe, die Wirkung habe, die Handlung ſtraflos zu machen [2]). Den zweiten Standpunkt dagegen ſollten konſequente Anhänger des objektiven Idealismus feſthalten, während freilich auch dieſe, wie Abegg, Henke, und, wenn man ſie auf dieſe Seite ſtellen darf, Heffter, Marezoll, Luden, andrer Meinung ſind [3]) und mit der eben gedachten Unterſcheidung von veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten zuſammenſtimmen (Henke geht ſogar geradezu auf das andre Extrem hinüber). — Der Fehler beſteht nur darin, daß, wie geſagt, dieſe Unterſcheidung in der Regel weder aus tieferem Grunde gerechtfertigt, noch richtig vollzogen iſt. So ſtellt z. B. Luden in dieſer Frage den ſubjektiv idealiſtiſchen Grundſatz, daß alle Rechte der Perſönlichkeit verzichtbar ſeien, voran, und ſetzt dann Alles in die Diſtinktion, daß nur einige davon an Andre übertragbar ſeien (die Vermögensrechte), andre aber nicht (Rechte auf Leben, Freiheit, Geſundheit, Ehre). Allein, daß damit nichts geſagt iſt, leuchtet ein. Denn es fragt ſich nicht, ob der Thäter durch Uebertragung eine ſpecielle Berechtigung erhalten zu haben nachweiſen müſſe, ſondern nur ob er etwas Erlaubtes oder Uner-

1) Handb. I. S. 321. Not. 13.
2) Feuerbach LB. §. 35.
3) Abegg Unterſ. S. 62—72. Henke I. §. 38. Heffter §. 38. Marezoll §. 23. Luden a. a. O. In ſeinen Abh. II. S. 424 war Luden der entgegengeſetzten Anſicht.

laubtes thue, ob ihm ein Recht entgegenstehe oder nicht. Sobald man nun aber annimmt, daß die Person auf alle jene Rechte verzichten könne, so ist es rein unmöglich, nach einem solchen (nicht wieder zurückgenommenen [1]) Verzichte noch von einer Verletzung dieser Rechte zu sprechen. Eben so wenig will es heißen, wenn einerseits jener subjektiv idealistische Grundsatz anerkannt und nun doch wieder andrerseits ein Unterschied gemacht wird, je nachdem die Nichteinwilligung des Verletzten (das Merkmal: invito laeso) zum Thatbestand eines Verbrechens gehöre oder nicht, so daß nur im ersten Fall die Einwilligung den Thatbestand ausschließe, im andern nicht [2]), — eine Ansicht, die dadurch noch widerspruchsvoller wird, daß sie neben jene erste, dem subjektiven Idealismus entlehnte, Behauptung die damit schlechthin unvereinbare stellt, daß im Strafrechte der Grundsatz: volenti ꝛc. gar keine Bedeutung habe. Geht man einmal von dem Grundsatze aus, daß das Recht nichts Substantielles, vielmehr der Disposition der Person unterworfen sei, so kann man nur in der Entscheidung Konsequenz finden, die früher Feuerbach vertheidigte, und jetzt noch Stübel, Wächter ꝛc. festhalten; freilich sind diese dann genöthigt, die für rechtlich erlaubt erklärten Handlungen hinterher doch wieder ex capite der Polizei, der öffentlichen Moral u. dgl. zu verdammen und zu gesetzlicher Verpönung zu empfehlen, — eine Konzession, die nur Henke nicht macht (nach ihm sollen derlei Handlungen nur dann strafwürdig werden, wenn sie eine unmittelbare Gefahr für Andre oder eine Verletzung allgemeiner Bürgerpflichten involviren). —

---

1) Stübel N. Arch. IX. S. 560 ff.

2) N. Arch. XI. a. a. O.; s. dagegen auch Heffter §. 38. not. 2.

Was den entgegengesetzten, objektiv idealistischen Standpunkt betrifft, so scheint es, wie schon gesagt, unrichtig, wenn auch Abegg der herkömmlichen Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten sich anschließt. Denn, geht man von der Substantialität des Rechts aus, so muß man so argumentiren, wie im Paragraphen geschieht, d. h. daß auf das Recht überall nicht verzichtet werden kann, sondern nur auf dessen Beziehung auf bestimmte Sachen. Daraus folgt denn allerdings, daß ein solcher Verzicht nur im Kreise des Vermögensrechts möglich ist. Es liegt dann, wie Luden ganz richtig angiebt, in einem solchen Verzicht keineswegs eine Verzichtleistung auf die Strafe oder eine Auktorisation zur Uebertretung des Strafgesetzes; aber es liegt darin auch nicht eine positive Uebertragung des Rechts, wie Luden im Texte sagt, sondern die Einwilligung bewirkt nur, wie er in der Anm. angiebt, daß die Handlung nicht unrechtlich ist und nicht mehr unter das Strafgesetz subsumirt werden kann. Dagegen sind nun Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre solche Bestimmungen der Persönlichkeit, welche von ihr gar nicht entäußert werden können, welche substantielle Bestimmungen an ihr bleiben, auch wenn der aktuelle Wille der Person sie preisgiebt. Diese bleiben daher stets undurchdringlich für den Willen eines Dritten, und ihre Verletzung bleibt immer eine Verletzung des darin immanenten substantiellen Willens, trotz der Zustimmung des unvernünftigen Erscheinungswillens. Dies ist nun freilich nicht so zu verstehen, daß etwa auch ein gestatteter Kuß für eine Injurie, oder die Entführung einer einwilligenden familienunabhängigen Person für ein Verbrechen gelten müßte [1]). Allein durch diese Einräu-

1) Luden a. a. O. S. 317. not. 5. Das Beispiel vom stuprum

mung wird dem Principe nichts abgebrochen. Denn in den fraglichen Einwilligungen liegt ja keineswegs eine Preisgebung der Ehre oder der Freiheit als wesentlicher Bestimmung der Persönlichkeit, — wie dies dann der Fall wäre, wenn der Eine dem Andern gestattete, ihn als Sklaven zu behandeln oder als infam zu traktiren, — sondern jene Einräumungen benehmen ja der Handlung des Dritten gerade das Moment, vermöge dessen allein sie als Angriffe auf seine Ehre oder Freiheit erscheinen könnten. Der obige Grundsatz ist daher noch näher so zu bestimmen, daß jene substantiellen Elemente der Persönlichkeit nur als solche unveräußerlich sind. Dagegen ist es eine nicht nur formell, sondern auch materiell unwahre Behauptung, wenn Luden auch die Beihilfe zum Selbstmord für erlaubt erklärt [1]); denn der angegebene Grund, daß die Haupthandlung erlaubt sei, widerspricht seiner eigenen Ausführung über den Grundsatz: volenti ꝛc., da für die Entscheidung beider Fragen nothwendig dasselbe Princip zur Anwendung kommen muß. Wenn nun aber Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre auch bei Zustimmung des Verletzten immerhin Verbrechen bleiben, so entsteht nun gleichwohl noch die andre Frage, ob nicht durch diese Zustimmung das Verbrechen wenigstens auf eine niedrigere Stufe herabsinke? Und diese Frage muß allerdings mit Luden bejaht werden [2]). Nur ist es wieder

---

paßt gar nicht hieher, weil dieses Delikt gar nicht zu den Vergehen gegen die Persönlichkeit gehört.

1) Mit Recht dagegen erklärt er sich gegen Stübel und Mittermaier, welche hiemit die Tödtung eines Einwilligenden verwechseln.

2) Vgl. Mittermaier Not. zu Feuerbach §. 35. Rossi II. S. 138. 139.

Digitized by Google

willkührlich, wenn er dieſe Bejahung bloß bei der Tödtung gelten laſſen will, da doch offenbar vor dem rechtlichen Forum auf die Moralität des Beweggrunds gar nichts ankommen, vielmehr nur der im Paragraphen angegebene Grund entſcheiden kann, daß eine Verletzung des ſubſtantiellen und aktuellen Willens zuſammen nothwendig größer ſeyn muß, als eine Verletzung nur des einen von beiden, bei welcher das Moment der Gefährlichkeit hinwegfällt.

Sollte nun auch, was hier nicht näher zu erörtern iſt, das gemeine deutſche Recht wirklich entgegengeſetzte Grundſätze befolgt haben [1]), ſo haben doch die neuen Geſetzgebungen ganz den richtigen Weg eingeſchlagen, wie denn der Hauptſatz, daß Einwilligung das Verbrechen nur ausnahmsweiſe tilge, im bair. GB. Art. 123 ausdrücklich ausgeſprochen iſt [2]), während dagegen der andre der ausgeführten Sätze, daß dadurch das Verbrechen ein geringeres werde, zwar nicht im bair. GB., wohl aber im preuß. LR. II. 20. §. 834, im ſächſ. GB. Art. 125, im wirtemb. Art. 239 (vgl. Art. 254. 274. 278. 279), im großh. heſſiſchen, Art. 257, und im braunſchweigiſchen, Art. 147, ſich anerkannt findet [3]).

§. 183.

c) Dagegen fixirt ſich der Begriff der gefährlichen Handlung für ſich eigenthümlich in der Polizeiübertretung, welche mit dem Verbrechen zwar das Moment der Geſetzübertretung gemein hat, dagegen ſich von demſelben weſentlich dadurch unterſcheidet, daß ihren Gegenſtand nicht

1) S. Wächter N. Arch. X. S. 72 ff. 216 ff. Falck eb. XI. S. 143. Abegg Unterſ. S. 73 ff. Luden a. a. O. S. 319 ff.

2) Vgl. das engliſche und franzöſiſche Recht in den Citaten bei Mittermaier a. a. O.

3) Vgl. Hufnagel III. S. 333—335. Breidenbach S. 542 ff.

Digitized by Google

das an und für sich Unrechte, sondern das Gefährliche bildet. Solche Handlungen gehören nicht in den Kreis der Rechtspflege, welche es nur mit dem bereits wirklich gewordenen Unrechte zu thun hat, sondern in den Kreis einer andern wesentlichen Funktion des Allgemeinen, welche neben andern Zwecken auch die Aufgabe hat, die Gesellschaft und den Einzelnen gegen mögliches Unrecht zu sichern. Wie die Rechtspflege es zu ihrer wesentlichen Bestimmung hat, die Substantialität des Rechts für die Individuen zu einer Sache ihres Wohls zu machen, so ist es umgekehrt die Bestimmung jener andern Thätigkeit, das Wohl der Individuen und ihrer Gesammtheit zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben. Gemäß dieser Bestimmung aber ist die gedachte Thätigkeit α) Vormundschaftspolizei, die es damit zu thun hat, die Individuen, sofern und soweit es nöthig ist, erst zur Spontaneität für die Besorgung ihres eigenen Wohls zu erheben, β) Hilfspolizei, deren Geschäft es ist, die Individuen in ihren spontanen Bestrebungen für ihr Wohl zu unterstützen und überall das Einzelwohl mit dem Gesammtwohl zu vermitteln, γ) Rechtspolizei, welche zur Aufgabe hat, das Einzel- und Gesammtwohl gegen mögliche Verletzungen zu sichern, die ihm theils durch Umstände und Ereignisse, welche von der menschlichen Willkühr nicht abhängen, theils aber auch, und insbesondere, gerade von den Handlungen der allseitig frei unter einander und durch's Ganze sich bewegenden Einzelwillen drohen. Eine Folge dieser Bestimmung ist — neben der Nothwendigkeit, konkreten Verbrechen vorzubeugen, ihre Vorbereitungen zu hindern und die begangenen aufzuspüren, — insbesondre auch die Aufgabe, die gefährlichen Handlungen zu verbieten und zu bestrafen.

Anm. — Der schon oben (§§. 3. und 5.) erwähnte Unterschied von peinlicher und polizeilicher Strafgerechtigkeit gehört zu den theoretisch und praktisch noch nicht

gehörig aufgeklärten Punkten. Zwar darüber ist man jetzt wohl größtentheils einig, daß die auch in neuen Polizeistrafgesetzbüchern, wie z. B. im Wirtembergischen, noch vorkommende Zuweisung eigentlicher Verbrechen (als Bagatellsachen) an die Verwaltungsbehörden nichts tauge und nur einer nicht zu rechtfertigenden Nachgiebigkeit an ein begriffswidriges Herkommen zuzuschreiben sei [1]). — Allein, auch hievon abgesehen, ist bekanntlich über die Rechtspolizei großer Streit, und es ist dies um so natürlicher, als Jeder zugeben muß, daß man sich hier auf einem Gebiete befinde, das jedenfalls zwischen der Polizei und der Justiz in der Mitte liegt und nach beiden Seiten hin verwandtschaftliche Beziehungen zeigt. Während z. B. einerseits Gros [2]) der Polizei auch das Gebiet der sogenannten freiwilligen Rechtspflege zugetheilt wissen will, so verlangt umgekehrt Mohl [3]) die Trennung der Rechtspolizei überhaupt von der übrigen Polizei und die Zutheilung derselben (sammt der freiwilligen Rechtspflege) unter das Justizministerium. — Sieht man nun zuvörderst von den praktischen Vortheilen und Nachtheilen der einen oder der andern Behandlungsweise ab, und hält sich an den Begriff, so muß man unbedenklich der ersteren Ansicht den Vorzug geben. Denn, ist es der Grundgedanke der Rechtspflege, das Recht als die an und für sich seiende Norm des Daseins in's Leben überzutragen und an dem Reichthum seiner

1) Mohl N. Arch. 1840. Beil. H. S. 12 ff. Verhdl. der wirt. Abg.-Kammer 1838. Beil. H. 2. S. 290 ff. Grandaur in ZuRheins Beitr. 1828 II. S. 89 ff. Mittermaier Strafverfahren §. 46.

2) Naturrecht §. 386.

3) System der Präventivjustiz. Tüb. 1834. Vergl. Mohl Polizeiwissenschaft I. S. 46. 47. (2. Ausg.)

Digitized by Google

sich kreuzenden Interessen und Verhältnisse zu bewähren, so setzt ihre Thätigkeit überall ein bereits wirklich gestörtes Rechtsverhältniß voraus, verhalte sich nun der störende Wille zur Substanz des Rechts unbefangen oder offenbar feindlich; niemals aber kann es ihr Geschäft seyn, gegen eine bloß mögliche Rechtsstörung aufzutreten, weil eine solche ja noch keineswegs eine Negation desjenigen Zustandes enthält, dessen Aufrechterhaltung allein die Aufgabe der Rechtspflege ausmacht. Solang ein Unrecht bloß als möglich droht, so ist die Alleinherrschaft des Rechts als absolute Norm des socialen Lebens noch nicht aufgehoben, mithin keineswegs die Thätigkeit aufgerufen, deren Begriff es ist, eben nur diese Alleinherrschaft gegen jede Negation stetig zu verwirklichen. Umgekehrt hat nun die Polizei zu ihrem Grundgedanken das Wohl, und ihre Aufgabe ist, dieses Wohl zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben und als solche zu realisiren. Wenn daher die Rechtspflege sich gegen die partikulären Willen indifferent verhalten muß, da sie ihr bloß als Erscheinungsmedium für den allgemeinen Willen dienen, so setzt im Gegentheil die Polizei die Anerkennung der selbständigen Besonderheit des Willens voraus, und ihr Geschäft ist, die Spontaneität der freien Person für die Besorgung ihres Wohls zu wecken, zu leiten, zu unterstützen, zu überwachen, und für die Vermittlung des Einzelwohls mit dem Wohle der Gesammtheit zu sorgen. Daraus ergeben sich die im Paragraphen aufgeführten drei Formen der Polizei, die gerade erst in der Rechtspolizei ihren folgerichtigen Abschluß finden. Ist es nämlich Sache der Polizei, in ihren beiden ersten Formen die Individuen zur selbstthätigen Arbeit für ihr eigenes und das Gemeinwohl anzuspornen und zu unterstützen, so hat sie

Digitized by

nun auch weiter dafür zu ſorgen, daß nicht aus dieſer allſeitigen freien Bewegung der individuellen Willen unter ſich und im Ganzen Störungen eben deſſen, was ſie bezweckt, entſtehen; ſie hat das in den beiden erſten Formen von ihr beförderte und verwirklichte Wohl nun auch negativ gegen mögliche Verletzungen zu ſichern, und eben dies bildet die, von der Thätigkeit der Rechtspflege ſehr wohl zu unterſcheidende, Aufgabe der Rechtspolizei. Hiebei kann es aber, nach der einen Seite hin, nicht darauf ankommen, ob die Störungen des Wohls von künftigen Rechtsverletzungen, oder ob ſie von Ereigniſſen und Verhältniſſen erwartet werden, die zunächſt nicht im menſchlichen Willen ihren Urſprung haben, — genug, wenn nur von menſchlichen Willensbethätigungen, die unter dem Einfluß ſolcher Verhältniſſe ſtehen, jene Störungen zu erwarten ſind. Inſofern iſt kein Grund vorhanden, die präventive Thätigkeit gegen unmittelbare Rechtsverletzungen von der ſichernden Thätigkeit der Polizei im Allgemeinen unter dem Namen der Präventivjuſtiz abzuſondern. Ebenſowenig kann aber nach der andern Seite hin etwas darauf ankommen, ob die möglichen Rechtsverletzungen erſt in der Willkühr des Subjekts ihren Urſprung nehmen, oder ob ſie in den objektiven Verhältniſſen, worin ſie ſtattfinden können, ſchon in ihrer ganzen Beſtimmtheit liegen. Inſofern iſt kein Grund vorhanden, von der Rechtspolizei die zur Verhütung möglichen Unrechts gewiſſe Eigenthumsverhältniſſe der Privaten unmittelbar anordnende Staatsthätigkeit unter dem Namen der freiwilligen Rechtspflege abzuſondern [1]). — Eine ganz andre Frage iſt es nun aber, ob nicht gleichwohl Gründe vorhanden ſeien, die

1) Dies will Wirth, Syſtem der ſpek. Ethik. II. S. 270—273.

Digitized by Google

Rechtspolizei, im Ganzen oder wenigstens einem bedeutenden Theile nach, gleichwohl von der übrigen Polizei abzusondern und in die Sphäre der Justizverwaltung zu überweisen? Eine solche Ueberweisung könnte um so weniger etwas Auffallendes haben, da, wie schon gesagt, jedenfalls im Systeme der Staatsverwaltung die Rechtspolizei den Uebergang von der Polizei zur Rechtspflege bilden muß. Nun scheint sie aber in der That hinsichtlich dessen, was zur freiwilligen Rechtspflege gehört, schon dadurch hinreichend gerechtfertigt zu seyn, daß die Verwaltung dieses Theils der Rechtspolizei gerade vornämlich solche Kenntnisse und ein solches in ruhiger Stetigkeit sich bewegendes Verfahren erfordert, wie es bei der übrigen Polizei nicht, wohl aber bei der Rechtspflege vorausgesetzt ist [1]). Muß man aber dies anerkennen, so hat gewiß die Ansicht von Mohl eine starke Präsumtion für sich, wenn derselbe auch die Prävention gegen unmittelbar aus der Willkühr des Subjekts entspringende Rechtsverletzungen, als eine der zuvorgedachten homogene Funktion, gleichfalls der Justiz (als eine besondere, von den eigentlichen Gerichten abgesonderte, Abtheilung) überwiesen haben will. Falls diese Forderung auf die Ausübung der wirklichen Strafgerechtigkeit gegen gefährliche und als solche auf gesetzlichem Wege verpönte Handlungen beschränkt und nicht auf die vorbeugende, sichernde, aufspürende Thätigkeit gegen die konkrete Rechtsverletzung ausgedehnt wird, ist ihr ohne Zweifel beizutreten [2]). Denn nur, wenn lezteres

---

1) Auch der v. a. Bericht der Komm. der Wirt. Abg.Kammer verlangt keineswegs eine vollständige und noch weniger eine bleibende Zutheilung der Geschäfte der freiwilligen Rechtspflege an die Administrativbeamten.

2) Mohl Polizeiwissenschaft. (S. 34 n. 2.)

Digitized by Google

der Fall wäre, würden allerdings die Einwendungen von Wirth a. a. O. zutreffen, daß nämlich die Rechtspolizei dieselbe der Justiz fremde Unterordnung der untern unter die obern Stellen, ja eine noch strengere verlange, als die andern Theile der Polizei, mit ihnen also in wesentlicher Einheit stehe, daß sie dagegen von der Justiz sowohl hinsichtlich der Objekte, als des Verfahrens specifisch sich unterscheide. Diese Einwürfe fallen aber weg, sobald man es bei der gedachten Beschränkung bewenden läßt. Freilich behauptet im Gegentheile Mohl [1]) a) die präventive und wiederherstellende Thätigkeit in Beziehung auf Rechtsverletzungen gehören zu Einem organischen Ganzen, weil sie einen Zweck haben und nur in der Zeit ihrer Einwirkungen und den anzuwendenden Mitteln verschieden seien. b) Dagegen habe die Prävention gegen Rechtsverletzungen mit der übrigen Polizei nur den Zweck der Hinwegräumung von Störungen gemein; allein viel wichtiger sei die Grunddifferenz in dem Objekt der Störungen auf beiden Seiten. c) Offenbar sei nicht einzusehen, warum die Justizbehörden nicht ebensogut, als sie die Vormundschaften, Mundtodterklärungen, das Inventur- und Theilungswesen zur Vorbeugung möglicher Rechtsverletzungen besorgen, auch die Vorkehrungen zum Schutze des Staats, z. B. das Verbot geheimer Gesellschaften und die Censur, ferner die anderweitigen Anstalten zum Schutze der Einzelnen, z. B. die Anstalten gegen Vaganten, Jauner, und die Verwendung der Gensdarmerie, ausführen könnten und sollten. Allein dagegen ist wohl mit gutem Grunde zu repliciren, ad a) eine Homogeneität des Zwecks findet nur zwischen der Präv ention

1) Polizeiwissenschaft I. S. 46. 47. System der Präventivjustiz. S.

gegen Rechtsverletzungen und der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht aber zwischen diesen beiden und der streitigen Rechtspflege statt. Vielmehr ist die von Mohl sogenannte Präventivjustiz von der letzteren gerade durch ihren Zweck, bloß das allgemeine und Einzelwohl gegen Störungen zu sichern, während die Rechtspflege den Zweck hat, die absolute Geltung des Rechts als der substantiellen Norm des Daseins gegen jede wirkliche Negation wiederherzustellen, so entschieden getrennt, daß erstere als Theil der Polizei betrachtet und der lezteren principiell entgegengesetzt werden muß [1]). Nur diese Verschiedenheit des Zwecks ist es denn auch, welche sich weiter in der verschiedenen Zeit der Einwirkung und der Verschiedenheit der anzuwendenden Mittel offenbart. Gerade die letztere ist aber so groß, daß sie die vermeintliche Idealität des Zwecks unzweifelhaft überwiegt. In der That kann jedoch eine Gleichheit des Zwecks gar nicht angenommen werden, sondern nur eine Gleichheit des Objekts, gegen welches beide Thätigkeiten ganz verschiedene Zwecke ausüben. Diese Gleichheit des Objekts kann aber gar nichts entscheiden; sonst müßte man aus dem gleichen Grunde auch die Strafgesetzgebung mit der Strafrechtspflege identificiren. ad b) ist nun eben nur auf diese Gleichheit des Objekts Gewicht gelegt, welche, wie gesagt, nichts bedeuten kann, da derselben das viel wichtigere Moment gegenübersteht, daß die Rechtsstörungen in beiden Fällen in ganz verschiedenen Beziehungen zur Sprache und ganz verschiedene Zwecke dagegen in Vollzug kommen, für die Justiz nämlich haben sie nur die Bedeutung, absolut hinwegzuräumende Negationen der absoluten Rechtsnorm zu

1) Vgl. die bei Mohl Präventivjustiz, S. 16. Anm. a. E. angef.

ſeyn, für die Polizei dagegen erſcheinen ſie als mit Klugheit zu verhindernde Störungen des gemeinen und des Einzelwohls. Eben hieraus entſpringt aber auch die Nothwendigkeit eines ganz verſchiedenen Verhaltens der beiderſeitigen Behörden. Während nämlich die Polizei überhaupt zu ihrem Objekte nur die allgemeinen und konſtanten Verhältniſſe der Individuen (ſo auch als Rechtspolizei eben nur die bleibenden Möglichkeiten von Rechtsverletzungen) hat, ſo hat die Rechtspflege die ganz ſingulären Handlungen des einzelnen Individuums zu ihrem Gegenſtande. Daher ſind auch die Maßregeln der Polizei in der Regel allgemeine und in's Große gehende, die Akte der Juſtiz dagegen ſtets von ſingulärer Natur. Das Verfahren der Polizei aber iſt, eben um ihres Zwecks willen, nothwendig in einem gewiſſen Grade willkührlich, da ſie es ſtets mit einer Vermittlung des allgemeinen Geſetzes mit dem vielgeſtaltigen Leben im Großen, in ſeinen unendlichen Möglichkeiten zu thun hat, der ſtrenge Formalismus des Rechts daher der Erfüllung ihres Zwecks geradezu entgegenwirken würde; zugleich ergiebt ſich aber eben aus dieſer Unmöglichkeit einer in concreto ſtrengen Gebundenheit des polizeilichen Handelns um ſo gewiſſer die Nothwendigkeit eines Erſatzes hiefür in einem ſtreng hierarchiſchen Organismus der polizeilichen Behörden. Von beidem findet nun aber bei der Rechtspflege gerade das Gegentheil ſtatt. Einerſeits verlangt ihr Verfahren, bei dem es ſich um Vermittlung der Rechte, um Beſtimmung konkreter Schuld und Strafe handelt, einen ſtrenggeſetzlichen, ruhigen Formengang (noch ganz abgeſehen von der Nothwendigkeit der öffentlichen und mündlichen Form der Ausübung); andrerſeits verlangt ihre Thätigkeit eine weſentlich verſchiedene, nämlich möglichſt ſelbſtändige und

unabhängige Stellung ihrer Behörden gegenüber der der Regierung [1]). Allein das sind aber gewiß triftige Gründe, die sichernde Staatsthätigkeit von der Rechtspflege genau zu sondern, und hiegegen wird es sich kaum halten lassen, wenn Mohl sagt, die größere Beweglichkeit der Polizeibeamten und ihr Besitz zahlreicherer und wirksamerer Mittel könne nichts entscheiden. Denn, wenn er nun diese Vortheile einfach auf die Justiz übergetragen haben will (woran es auch in der That sein System der Präventivjustiz keineswegs fehlen läßt), so ist eben nur die Frage, ob nicht eine solche Uebertragung gerade mit dem Grundwesen der Justiz im offenbarsten Widerspruche stehen würde? ad c) dürfte gerade in der beliebten Beschränkung auf die Geschäfte der sogenannten freiwilligen Rechtspflege die Parallele unglücklich ausgefallen seyn. Denn ohne Frage wird man eben zwischen dem Theilungs-, Vormundschafts-, Testamentswesen einerseits und der Sicherung vor politischen Umtrieben, Jaunern ꝛc. andrerseits, sowie zwischen dem ruhig ordentlichen Gang des Verfahrens im ersten, und dem vom Bedürfniß des Moments entnommenen Maßstab des Verfahrens im zweiten Fall die tiefste Kluft anerkennen. Da nun Theilungen, Inventuren, Pfand- und Vormundschaftswesen ohne Zweifel nicht nur im Objekt, sondern auch in dem durch das Objekt bedingten Gang des Verfahrens und Organismus der Behörden allerdings die bedeutendste Verwandtschaft mit der Civilrechtspflege zeigen, so wird es sich gewiß rechtfertigen, wenn dieser Zweig der Rechtspolizei unter das Justizministerium gestellt wird. Ganz ähnliche Gründe aber treten hinsichtlich der Aburtheilung der Polizeivergehen

1) Vgl. Mohl Polizeiwissenschaft, II. S. 543—549.

Digitized by Google

ein, wie dies denn auch Mohl durchaus anerkennt. Denn, wenn er einerseits als Gründe für die Ueberweisung an die Gerichte die bei diesen vorhandene schützende Form und Unpartheilichkeit nicht gelten lassen will, so hebt er ja diesen Einwurf selbst wieder vollkommen, indem er gleich darauf zugiebt, daß bei dem strafenden Polizeibeamten die persönliche Unabhängkeit von Einflüssen der höheren Staatsbehörden oder des Staatsoberhauptes selbst keineswegs in dem Grade vorhanden sei, noch seyn könne und dürfe, wie bei dem Gerichtsbeamten [1]). Keineswegs treten aber dieselben Gründe ein hinsichtlich der eigentlich präventiven Thätigkeit der Rechtspolizei. — Nimmt man nun alles zusammen, so wird man in dem hier Ausgeführten keinen Widerspruch gegen das oben §. 6 S. 33 Gesagte finden. Wenn nämlich dort die gesammte Reaktion gegen das bloß mögliche Unrecht der Polizei vindicirt wurde, so bleibt dies auch auf gegenwärtigem Standpunkte als das Begriffsgemäße anerkannt, und es wird nur die Modifikation beigefügt, daß es passend scheine, von dem Gesammtgebiete der Rechtspolizei aus vorgedachten Gründen theils die sogenannte freiwillige Rechtspflege, theils die Aburtheilung der Polizeiübertretungen abzutrennen und als eigene Abtheilung, d. h. abgesondert von den gewöhnlichen Civil- und Kriminalgerichten, unter das Justizministerium zu stellen [2]).

§. 184.

Die Nothwendigkeit der Rechtspolizei liegt in der Absolutheit des Rechts, als der unverbrüchlichen Norm des socialen Lebens, welche durch die Rechtspflege nicht vollkommen gesichert wird, noch gesichert werden kann. Denn, da letztere

1) Mohl a. a. O. S. 42.
2) Vgl. Heffter N. Arch. 1843. S. 113—134.

Digitized by Google

für den Eintritt ihrer Thätigkeit eine konkrete Negation der objektiven Sittlichkeit jedes Mal voraussetzt, so läßt sie eben darum die Existenz des rechtlichen Zustandes überhaupt in der Zufälligkeit beharren, welche ihm schlechthin unangemessen ist, und insbesondere wären die unersetzlichen Rechte ohne den Schutz der Rechtspolizei geradezu der Willkühr preisgegeben [1]). Aus dem absoluten Seyn der objektiven Sittlichkeit folgt daher mit Nothwendigkeit, daß nicht bloß an und für sich unrechte Handlungen, sondern auch bloß rechtsgefährliche verboten und im Begehungsfall gestraft werden müssen. Solche Handlungen können aber entweder in einer an und für sich schon zum Verbrechen tendirenden Gesinnung ihren Ursprung haben, oder können sie an sich nicht unrechtliche Akte seyn, die jedoch durch den Konflikt mit irgend einer zum Zweck des gemeinen Wohls errichteten Anstalt dem Rechte Gefahr drohen. Immer haben sie den Charakter, die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechts in sich zu schließen. Eben dadurch sind sie gefährliche Handlungen. Die hiernach ihrem Begriffe anklebende Unbestimmtheit erzeugt nun die doppelte Forderung, daß: 1) gesetzlich genau bestimmt werde, was für eine Polizeiübertretung angesehen werden soll (gerade darin aber liegt auch wieder die Möglichkeit, auch einem keines bösen Vorsatzes sich bewußten Willen gleichwohl eine formelle Schuld zuzurechnen und ihn wenigstens wegen fahrlässiger Rechtsunwissenheit zu bestrafen, wobei dann aber überhaupt der Unterschied zwischen dolus und culpa wegen der Geringfügigkeit des Objekts und des gegen jenen Unterschied indifferenten Zwecks des Verbots auf ein Minimum zusammengehen wird [2]); 2) daß nur solche Handlungen zu Polizeivergehen gestempelt werden, welche ihrer Natur und der Regel nach aus subjektiven oder objektiven

1) Mohl Präventiv-Justiz, S. 5.

2) Mohl a. a. O. S. 44. n. 10 u. Globig ib. cit.

Digitized by Google

Gründen als Vermittlungen von Rechtsverletzungen betrachtet werden können.

Anm. — Bei der im Uebrigen treffenden Definition des Polizeivergehens von Wirth[1]) ist es ein Mangel, daß nur auf die aus psychologischen Gründen sich ergebenden konstanten Vermittlungen des Unrechts Rücksicht genommen scheint, während die quantitativ unendlich bedeutendere Zahl der Polizeivergehen der Klasse der an sich harmlosen und nur durch den Konflikt mit gewissen Anstalten rechtsgefährlich werdenden Handlungen angehört. Wenn nun Mohl, trotz einiger Anstände, endlich kein Bedenken trägt, die Bestrafung aller Polizeivergehen der Justiz zu überlassen, gleichwohl aber doch wieder diese Ueberweisung nur auf die bedeutenderen Fälle eingeschränkt wissen will[2]), so ist ihm zwar in der Sache beizustimmen; aber Konsequenz liegt wohl nicht darin, wenn einerseits so großes Gewicht darauf gelegt wird, daß es die Justiz bloß mit Rechtsstörungen, die Polizei bloß mit Interessestörungen zu thun habe, gleichwohl aber andrerseits nun die Bestrafung auch aller irgend bedeutenderen Interessestörungen der Justiz überwiesen wird.

III. Der Staat.

§. 185.

Die Forderung der beiden Thätigkeiten, deren eine die Substantialität des Rechts als das Wohl der Individuen zu verwirklichen hat (der Rechtspflege), die andre das Wohl der Einzelnen und der Gesammtheit als rechtliche Angelegenheit zu realisiren bestimmt ist (der Polizei und der Fürsorge

1) System der spek. Ethik II. S. 260. 261.

2) Präventiv-Justiz S. 51 ff. Polizeiwissenschaft I. 41—44.

Digitized by Google

für die Interessen des geistigen Wohls), führt auf die Forderung einer organischen Einheit dieser Thätigkeiten, welche sofort, als eine aus sich seiende Totalität, sich durch ein eigenthümliches Fundament ihrer objektiven Existenz und Subsistenz (die Finanzen) zu bewähren hat. Dieser Organismus der Wechselwirkung von Recht und Wohl, oder — was dasselbe ist — diese vermittelte Einheit des allgemeinen und des besondern Willens in der Sphäre des objektiven Daseins, d. h. also: dieser Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität ist — der Staat, welcher, als dieser Ausdruck der sittlichen Idee in dem besonderen Kreise der Objektivität, gegenüber dem individuellen Geiste einer — und dem Geiste der Menschheit andrerseits, den Volksgeist zu seinem specifischen Organe hat.

§. 186.

Indem der Staat hiemit alle relativen sittlichen Einheiten im Gebiete des objektiven Daseins als deren Totalität in sich aufnimmt, so ergiebt sich, daß das Verbrechen, dessen Wesen die Verletzung des Rechts als der objektiv sittlichen Norm ist, in allen seinen Formen und Abstufungen sich als Negation des Grundprincips des Staats erweist und daher auch die Reaktion gegen das Verbrechen wesentlich eine Staatsangelegenheit seyn muß. Diese Beziehung des Verbrechens auf den Staat offenbart sich aber 1) in der Allgemeinheit und Ausschließlichkeit der Rechtspflege, welche gleichwohl, um einer aus ihrem Principe hervorgehenden Antinomie zu entgehen, das Recht der Nothwehr als Ausnahme erkennen muß, 2) in der Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat und seine nach Umfang und Dauer mannigfaltig bestimmten Strafgesetze. Indem aber der Staat alle anderen sittlichen Sphären, sofern sie das Gebiet der Objektivität betreten, in sich aufnimmt, so muß er 3) auch für diejenigen sittlichen Sphären, welche ihr Princip ausserhalb der objektiven Sittlichkeit haben, innerhalb seiner eine

Digitized by

eigenthümliche Form der Reaktion, die korrektive Strafgerechtigkeit (der Familie, Kirche und Schule) zulassen.

Anm. — Die unläugbare Wahrheit, daß das Verbrechen in allen seinen Stufen und Formen eine negativ unendliche Tendenz gegen den Staat selbst zeigt, — eine Wahrheit, die weder in dem römischen System des Privatpönalwesens, noch in dem germanischen Kompositionssystem eigentlich verkannt worden ist (der Fehler lag nur in der noch unreifen Entwicklung der Staatsidee selbst), hat einer besonderen Strafrechtstheorie, der sogenannten Nothwehrtheorie zur Grundlage gedient, deren Ausführung jedoch in ihrer spekulativen Dürftigkeit sich in sonderbarem Mißverhältnisse zu der Tiefe ihres Grundgedankens befindet [1]).

1) Allgemeinheit und Ausschließlichkeit der Rechtspflege.

§. 187.

Da das Verbrechen die Verletzung des Rechts als Rechts, der Staat aber der Organismus der Rechtsidee ist, so ist die Rechtspflege (§. 175) wesentlich eine Funktion des Staats. Sofern aber der Staat die Totalität aller objektiv sittlichen Kreise ist, so ist eben damit die Rechtspflege durch den Staat als die ausschließende, alle objectiv sittlichen Potenzen umfassende Weise der Verwirklichung des Rechts gegen das Verbrechen gesetzt. Dieses ausschließliche Recht des Staates, gegen das Verbrechen einzuschreiten, folgt aus seiner unbedingten Pflicht hiezu. Diese Pflicht aber liegt darin, daß es sich hier nicht bloß um eine irrige Subsumtion des behaupteten Rechtsanspruchs unter das Recht als solches, sondern um eine direkte Negation des letzteren handelt. Diese

1) Vgl. darüber Luden in der Vorrede zur Uebersetzung von Romagnosi, wo aber freilich viele unbegründete Argumente gegen Martin vorgebracht sind.

Digitized by Google

Negation der Subſtanz des Rechts kann nur der Staat, als Organ der Subſtanz des Rechts, auf angemeſſene Weiſe tilgen, und er muß ſie tilgen, wenn er nicht mit ſeinem eigenen Begriff in Widerſpruch gerathen will; ja, er muß dieſe Pflicht ſelbſt gegen den Willen des unmittelbar Verletzten vollziehen, weil auf die Subſtanz ſeiner Rechte Niemand verzichten kann (§. 182), und nur dieſe hier das Objekt der Wiederherſtellung ausmacht. Auch kann der Staat die Ausübung der gedachten Pflicht weder von der Klage des Verletzten, noch von dem Mißlingen eines Sühneverſuchs abhängig machen, eben weil die Subſtanz des Rechts das ſchlechthin Giltige, Unveräußerliche iſt. In dieſer unbedingten Pflicht des Staats liegt aber von ſelbſt die Ausſchließlichkeit ſeines Rechts, weil die Subſtanz des Willens ſich nur auf ſubſtantielle Weiſe aus ihrer Negation wiederherſtellen kann, wie denn auch der Verbrecher das Recht hat, nur vom Staate, als ſeiner eigenen objektivirten Vernunft, gerichtet zu werden.

Anm. — Es iſt freilich eine einſeitige Abſtraktion, wenn die Chineſen alle Lebensverhältniſſe unter die Kategorie des Juridiſchen ſtellen und das Individuum auch wegen jeder Liebloſigkeit und Unhöflichkeit zum Richter weiſen, der dann der mangelnden Liebe und Freundſchaft mit dem Bambusrohr nachhelfen darf. Nur das andere Extrem iſt es aber, wenn die öffentliche Meinung den Individuen für wahre Rechtsſtreitigkeiten, für Beleidigungen, die durch das Gericht geſühnt werden können und ſollen, dieſen Weg verſperrt und ihnen die Einbildung vormacht, als ob dieſe Sühne von keinem ſo guten Kaliber ſei, als die Rache, die man ſich mit eigener Fauſt nehme. — Damit ſoll indeß nicht geläugnet werden, **daß in den hiſtoriſchen Verhältniſſen eines Staates eine Antinomie liegen kann, welche allerdings die Konſequenz jener Anſicht rechtfertigt. Wenn die Geſetzgebung**

Digitized by Google

über Injurien dem Geiste des Volks geradezu widerspricht, so ist dieses gezwungen, für die Wunden seiner Ehre die Heilung auf anderem Wege zu suchen. Besonders kraß kann die Kollision bei solchen Verbrechen werden, welche nur mittelbar auch die Ehre angreifen, wie Ehebruch, Entführung ꝛc., wenn ein ehrlicher Mann dieselben an seinen Angehörigen zum Theil so gut als straflos begangen sehen muß. Keine Frage, daß hier die öffentliche Meinung Recht hat, wenn sie dem Schwergekränkten räth, die spöttische Genugthuung durch das Gericht zu verschmähen und seinen Ingrimm auf die Spitze eines Degens zu setzen. Das Princip dieser Meinung wird hiemit keineswegs gutgeheißen. Es ist ein Unglück, wenn das empirische Recht so lare Grundsätze über die Ehre hat. Aber eben dies soll nicht seyn, und, wenn es anders ist, wenn der Staat seine Pflicht thut, so muß auch das Individuum sich ihm anvertrauen und bei ihm die Herstellung seiner Ehre suchen. Ein geistig gesunder Mensch wird dann an dem gesunden Staate gerade seinen besten und theuersten Schutz finden und das Recht, sich vor sein Gericht stellen zu dürfen, — versteht sich vor ein öffentliches, — wird ihm als das einzige Mittel wahrer, der unendlichen Freiheit der Persönlichkeit allein angemessener, Genugthuung erscheinen. — Wie aber das Individuum das Recht hat, alle seine Streitigkeiten vor Gericht zu bringen, so hat auch der Staat ein Recht an alle Streitigkeiten der Individuen. Die Rechtspflege ist eine aus der Maxime der Koexistenz nothwendig hervorgehende Institution, welche der Selbsthilfe keine gerechtfertigte Stelle übrig läßt. Die Selbsthilfe, welche das positive Recht theilweise zuläßt, ist auch in der That nicht als Schranke, sondern als Konzession der Justiz anzusehen. Theils ist sie

Digitized by Google

dem Inhalt nach ganz auf das sogleich näher auszuführende Recht der Nothwehr beschränkt, theils bildet der erlaubte Vergleich gegen die Allgemeinheit der Rechtspflege deshalb keine Schranke, weil ein streitiges Recht, auf welches man verzichten darf, eben nur so lange streitig ist, als man nicht darauf verzichtet, mit dem Verzicht daher aller Stoff zur Thätigkeit der Justiz hinwegfällt.

§. 188.

Diese Ausschließung der Privatrache ist jedoch eben dadurch bedingt, daß der Staat jedem Verletzten zur adäquaten Wiederherstellung seiner Rechte verhilft. Nun setzt aber einerseits die Thätigkeit der Rechtspflege die wirklich gewordene Existenz des Unrechts voraus, und gleichwohl ist andrerseits ihre Ausschließlichkeit gefordert. Aus ersterem Moment folgt gerade, daß sie das Existentwerden des Unrechts selbst nicht verhindern kann, was zwar der Staat in der Form der Rechtspolizei zu leisten sucht, aber gleichfalls nicht vollkommen zu leisten vermag, weil die Polizei, wenn sie nicht zur unerträglichen Tyrannei werden soll, sich nicht auf die singulären Willensakte der Individuen einlassen darf (wie die sogenannte geheime Polizei thut), sondern sich auf die allgemeinen und konstanten Möglichkeiten und Formen ihrer Bewegung zu beschränken hat. Müßte nun ein mit dem Verluste eines überhaupt oder im besonderen Fall unersetzlichen Rechts bedrohtes Individuum diesen Verlust ruhig hinnehmen, so würde der Staat durch eine solche Zumuthung das Unrecht selbst als geltend, d. h. als Recht setzen. Die Lösung dieser Antimonie liegt in dem Rechte der Nothwehr.

Anm. — So sehr eine immer genauere Erforschung der Geschichte der einzelnen strafrechtlichen Lehren gewünscht und, wo sie geboten wird, mit Dank angenommen werden muß, so kann doch auch die Beschäftigung

mit dem hiſtoriſchen, namentlich dem germaniſchen Rechte die Gefahr einer unnöthigen Verwirrung um ſo mehr herbeiführen, je leichter ein übrigens wohlgemeinter Patriotismus ſich darin täuſchen kann, wenn er eine bei den früheren unreifen politiſchen Zuſtänden der germaniſchen Stämme ſehr erklärliche mangelhafte Entwicklungsform eines Begriffs der entwickelten Form des römiſchen Rechts gegenüber als das Urdeutſche, Beſſere, woran man noch heute wieder anknüpfen ſollte, aufſtellen zu müſſen glaubt. Eben dies ſcheint dem verdienſtvollen Zöpfl [1]) bei ſeiner Ausführung über den vermeintlichen Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und dem germaniſchen Begriffe von der Nothwehr begegnet zu ſeyn. Denn ſeine eigenen Anführungen aus dem deutſchen Rechte zeigen in der That das nicht, was er damit zeigen will, daß nämlich das deutſche Recht die Nothwehr als einen Fall des Nothſtands aufgefaßt habe, während ſie vom römiſchen unter die höhere Kategorie einer Vertheidigung des Beſitzes oder Quaſi-Beſitzes überhaupt gebracht worden ſei. Erſteres wäre um ſo verwunderlicher, je weiter entfernt dem Weſen nach die Begriffe der Nothwehr und des Nothſtands in der That ſind. Man hat aber wirklich keinen Grund, dem deutſchen Rechte eine ſo ſtarke Verwechslung der Begriffe Schuld zu geben. Denn in ſeiner geſammten Entwicklung bis zur P. G. O. hin und von dieſer bis auf unſre Zeit herab zeigt ſich ſo wenig ein von dem römiſchen verſchiedenes Prinzip, daß ſie vielmehr gerade nur als ein allmäliges Hinſtreben zu dem vollen Ausſpruch des im römiſchen Rechte klar und vollſtändig ausgedrückten Grundgedankens erſcheint, und die von Zöpfl hervorgehobenen Abweichun-

1) N. Arch. 1842. S. 118 ff. 311 ff.

gen nur aus äußerlichen Umständen, insonderheit der in Deutschland so lange zurückgehaltenen Entwicklung des Staatsbegriffs, desgleichen der nur allmäligen Entwicklung des Schuldbegriffs, dazu aus dem Mangel wissenschaftlicher Abstraktion und dem ungebildeten Beweissysteme des älteren deutschen Rechts sich erklären [1]). Der Grundgedanke des römischen Rechts aber ist kein anderer, als der oben aufgestellte, wie dies auch die Meisten anerkennen. Freilich können nicht alle naturrechtlichen Begründungen als stichhaltig erkannt werden, insonderheit nicht die von Feuerbach [2]), wornach ein Jeder sein natürliches Recht der Selbstvertheidigung nur unter der Bedingung an den Staat übertragen haben soll, daß dieser den erforderlichen Schutz gewähre, so daß dann in Ermanglung dieses Schutzes das gedachte Recht dem Individuum zustehe [3]). Indessen erkennt Luden [4]) mit Recht an, daß, abgesehen von der fingirten Uebertragung an den Staat, auch dieser Theorie des subjektiven Idealismus das richtige Princip zu Grunde liege; und es ist nur nicht wohl zu begreifen, wie er am selben Orte sich gegen die Theorie des objektiven Idealismus, welche von der Nichtigkeit des Unrechts in sich ausgeht [5]), in Gegensatz stellen mag. Denn auf dasselbe Grundprincip rekurrirt er ja selbst, während dies freilich der von ihm citirte Abegg [6]) nicht thut. Der Grund der Recht-

---

1) Der irrigen Ansicht, daß die Nothwehr ein Fall des Nothstands sei, sind übrigens auch jetzt noch manche Kriminalisten.

2) Lehrb. §. 36. Vgl. Henke I. S. 206.

3) Sander N. Arch. 1841. S. 80.

4) Handb. I. S. 292. not. 4.

5) Richter Philos. Strafr. S. 135 ff. Michelet Moral S. 161 ff. Heffter §. 41. n. 1.

6) Lehrb. §. 109. Unters. S. 111 ff. Abegg polemisirt hier sehr mit Unrecht gegen Heffter, der unter Nothwehr keineswegs das

Digitized by Google

mäßigkeit der Nothwehr liegt nach beiden Ansichten eben nur darin, daß das Recht sich gegen das Unrecht, als das an sich Nichtige, geltend macht, und das Weitere, daß eine solche Manifestation dem Individuum nur in gewissen Fällen, nämlich eben im Falle der Noth, gestattet sei, ist sodann ein andrer Punkt. Eben aus diesem letzteren Momente ergeben sich daher von selbst die Schranken der Nothwehr, welche, wie Abegg und Luden meinen, von Hefftter ignorirt seyn sollen. Wenn sie aber Letzterem vorwerfen, daß nach seinem Principe eine Verletzung des Unrechthandelnden auch ohne den Zweck der Selbstvertheidigung erlaubt seyn würde, so übersehen sie nicht nur, daß Hefftter ausdrücklich dieses Recht auf den Fall der Noth (der Abwesenheit der Staatshilfe) einschränkt, sondern auch, daß ja allerdings Nothwehr auch zum Schutze eines Andern rechtmäßig ist. Der Unterschied zwischen der subjektiv- und der objektiv-idealistischen Ansicht liegt nur darin, daß die eine die Person als die Quelle des Rechts ansieht, wofür sie der anderen nur als Träger gilt. Wenn aber Abegg hier gerade nach der ersteren greift, so liegt der Widerspruch mit dem Grundgedanken des Systems, dem er sonst huldigt, am Tage. Der große Unterschied der Nothwehr vom Nothstande liegt gerade darin, daß beim letzteren nicht dem Rechte das durchaus nicht zu duldende Unrecht, sondern ein Recht, aber ein gegen das in Noth begriffene beschränktes Recht gegenüber steht, daß daher hier allerdings ein Fall der Kollision vorhanden ist, wovon bei der Nothwehr gar nicht gesprochen werden kann (daß dies gleichwohl bei der Eigenthumsnothwehr nicht selten geschieht, ist leider wahr

Recht versteht, in der Noth Unrecht zu thun. Vgl. auch *Rosmini* Filosofia del diritto t. 696—718.

Digitized by Google

und ist eine traurige Folge der Verwechslung zwischen Nothwehr und Nothstand, die noch hie und da vorkommt), daß daher auch bei der Nothwehr von einer Abwägung gegenseitiger Rechte gar keine Frage seyn darf [1]).

§. 189.

Die Nothwehr ist hiernach weder Rache, noch Strafe. Ersteres nicht, weil sie nicht das verletzte subjektive Rechtsgefühl in seiner Unendlichkeit zum Principe, sondern objektive Grenzen hat, durch deren Verläugnung sie selbst zum Unrechte wird. Letzteres nicht, weil sie von einem Individuum ausgeht und, als Vertheidigung gegen ein erst drohendes, mithin maßloses Unrecht, nicht an das Princip der Wiedervergeltung gebunden seyn kann. Sie ist vielmehr das gegen drohendes, im konkreten Fall durch den Staat nicht abwendbares, Unrecht dem Individuum zu seinem eigenen oder dem Schutze eines Dritten zustehende Vertheidigungsrecht.

Anm. — Die einfache Selbstvertheidigung, die in bloßer Abwehr besteht, ohne sich bis zu wirklicher Verletzung des Angreifenden zu erstrecken, wird hie und da uneigentliche Nothwehr [2]) genannt, gehört aber nicht in die Theorie des Strafrechts. Dasselbe ist aus demselben Grunde von der Vertheidigung gegen Verletzungen zu behaupten, die nicht von Menschen, sondern von belebten unvernünftigen, wiewohl im menschlichen Eigenthum befindlichen Geschöpfen bevorstehen [3]). Freilich ist nun neuerdings von Zöpfl (N. Arch. 1843. S. 27 ff.) geradezu behauptet worden, daß die Stellung der Nothwehr unter das allgemeine Princip der Selbstvertheidi-

1) Sander N. Arch. 1841. S. 68 ff.

2) Henke I. S. 209. 210. Daß aber die uneigentliche Nothwehr gar nicht zur Nothwehr gehöre, ist eine sonderbare Behauptung von Luden, Handb. I. S. 292. n. 3, und Marezoll S. 64. 65.

3) S. Hefftter §. 42.

Digitized by Google

gung nicht nur bloß ungermaniſch, ſondern überdies an und für ſich unrichtig ſei, und, während das braunſchw. G.B. neben dem Code pénal wegen Feſthaltens an dem vermeintlich germaniſchen Geſichtspunkte eifrigſt belobt werden, erfahren die übrigen neuen deutſchen Legislationen ſtrengen Tadel darüber, daß ſie mit Feuerbach generaliſirt und romaniſirt haben ſollen. Sieht man indeſſen den Kern dieſer Kritik an, ſo wird man keinen Augenblick anſtehen können, das Verfahren der Mehrzahl der neuen Geſetzbücher im Princip vollkommen richtig und nur die Konzeſſionen gefährlich zu finden, die ſie hie und da der Anſicht von Zöpfl machen. Letztere geht nämlich dahin, daß die in der Nothwehr vorgenommenen Akte immer der Form nach geſetzwidrige Handlungen (Miſſethaten) ſeien, die man in Berückſichtigung des vorhandenen Nothſtandes ignoriren, d. h. für ſtraflos erklären müſſe. Es ſoll alſo von keinem Rechte der Nothwehr die Rede ſeyn, ſondern dieſelbe vielmehr für ein ſtrikt auszulegendes Privilegium erklärt werden, dem man dann allerdings einige ähnliche an die Seite ſetzen könne. — Was nun für dieſe Afterrechte das Princip bilden ſoll (es gehören darunter ungemein praktiſche Rechte), mag ganz dahingeſtellt bleiben. Für die eigentliche Nothwehr ſoll das Princip des Nothſtands gelten; dieſes aber ſoll darin beſtehen, daß der Nothſtand die abſolute Negation alles und jeden Rechtszuſtandes, mithin eine Abnormität des Koeriſtenzialverhältniſſes ſei. So wenig nun dieſe Auffaſſung des Nothſtands an ſich gebilligt werden kann, ſo möge doch die Prämiſſe einen Augenblick für richtig genommen werden. Allein nur um ſo mehr muß man über die Folgerungen erſtaunen, die daraus gezogen werden. Zwar ſagt der Verf. ganz richtig: aus dem gedachten Begriffe

Digitized by Google

des Nothſtands folge die Unmöglichkeit, von dem darin Befindlichen die Unterlaſſung jener Handlungen zu fordern, welche lediglich unter Vorausſetzung einer geordneten ſocialen Koexiſtenz und in Gemäßheit des Begriffs einer ſolchen (d. h. des Begriffs des Rechtszuſtands) unzuläſſig ſeien, — da eine Handlung nur in ſofern Unrecht ſei, als in ihr eine Negation des Rechts liege. Allein nun meint er weiter: weil der Nothſtand ein „abnormer“ Zuſtand, die Geſetzgebung aber nur zur Regelung des ſocialen Normalzuſtandes berufen ſei, ſo dürfe das Handeln im Nothſtande nicht als Recht, ſondern nur als Ausnahme vom Recht prädicirt werden. Wie ſchlimm es für den ehrenhaften Bürger beſtellt wäre, wenn dieſer Schluß je legislative Anerkennung erhalten ſollte, wollen wir unerörtert laſſen, weil zum Glück der Schluß eben ſo theoretiſch unrichtig, als ſeine Konſequenz unpraktiſch iſt. Denn, da der Verf. ſelbſt ganz deutlich ſagt, der Nothzuſtand ſei die Negation des Rechtszuſtandes, mithin ſei eine in jenem begangene Handlung nicht Unrecht, was ſie nur unter Vorausſetzung des Beſtehens des Rechtszuſtandes ſeyn würde, ſo iſt ja ganz klar, daß er eine ſolche Handlung eben damit für Recht erklärt, da es zwiſchen Recht und Unrecht kein Mittelding giebt. Iſt dem aber ſo, dann iſt alles Weitere völlig nichtsſagend. Denn, kann die Abnormität des Zuſtandes das Recht nicht zum Unrecht machen (dies nimmt ja Zöpfl ſelbſt nicht an), ſo muß es auch völlig als Recht beſtehen bleiben; und daraus, daß die Geſetzgebung nur den ſocialen Normalzuſtand zu regeln habe (welcher Satz freilich ein Erbſtück aus der Reflexionsphiloſophie iſt und mit der von Zöpfl kurz zuvor aus Hegel aufgenommenen Definition des Unrechts ſchlecht zuſammenſtimmt), würde ja nur folgen,

Digitized by Google

daß nun eben die Gesetzgebung mit dem Nothstand sich gar nicht zu befassen hätte. — Daß übrigens diese Bemerkungen nicht auch den Code pénal und das braunschweigische G.B. treffen, versteht sich von selbst. Denn, da diese Gesetzgebungen zwar allerdings der Nothwehr nicht in genereller Weise erwähnen, gleichwohl aber sofort nicht versäumen, das gleiche Princip auch auf andere Fälle auszudehnen, so fällt ihnen, da sie keinen doktrinellen Zweck haben, keinerlei Vorwurf zur Last; im Gegentheil kann ihre Behandlungsweise passend befunden werden, weil ein Strafgesetzbuch allerdings nicht nöthig hat, von dem Recht der Selbstvertheidigung überhaupt zu reden. Daß aber insbesondere der Code keineswegs die Ansicht von Z. begünstigt, liegt doch wohl klar darin, daß er erklärt, Tödtung ꝛc. in Nothwehr sei non qualifié crime, ni délit.

§. 190.

Die Bedingungen der Nothwehr sind 1) ein die Verletzung eines Rechts, gleichviel welcher Art, drohender Angriff, welcher 2) ein ungerechter seyn muß, und wogegen 3) die zeitige Hilfe des Staates oder eine unschimpfliche Flucht nicht als Abwehrmittel zu Gebot gestanden haben darf.

Anm. — Diese Bedingungen werden oft, so auch wieder von Luden [1]), nicht gehörig gesondert, was dann nothwendig eine Verwirrung der Fälle, wo es an den Bedingungen der Nothwehr überhaupt fehlt, mit den Fällen der Ueberschreitung ihrer Grenzen zur Folge haben muß.

ad 1) sind vorzüglich zwei Punkte bestritten; a) ob Nothwehr nur zum Schutze von Leben, Gesundheit und

1) Handb. §. 45; s. dagegen Feuerbach §. 38. Wächter I. §. 51. 52.

Digitized by Google

Freiheit (etwa auch noch der Keuschheit), oder ob sie auch zum Schutze des Eigenthums und der Ehre gestattet sei? b) ob auch ein schon vollbrachter Angriff noch das gleiche (oder wenigstens ein ähnliches) Recht gebe, wie ein erst drohender.

a) Hier ist wieder ein doppelter Gesichtspunkt zu unterscheiden, nämlich die Frage: ob gewisse Rechte schlechthin als solche zu prädiciren seien, deren drohende Verletzung zur Nothwehr berechtige? und die Frage: ob es nicht Rechte gebe, die nur relativ hierher gehören, sofern immer ein gewisses Verhältniß zwischen dem bedrohten Rechte und den Behufs der Abwehr zu beeinträchtigenden Rechten des Nöthigers obwalten müsse? In beiden Richtungen sind mannigfache Beschränkungen der Eigenthumsnothwehr für nöthig gehalten worden, die auch in neueren gesetzgeberischen Arbeiten wieder erscheinen [1]). — Einige behaupten nämlich, die Nothwehr sei nur zulässig zum Schutze eines unersetzlichen oder eines solchen Guts, das wenigstens unter den besondern Umständen des Falls unwiederbringlich verloren gewesen wäre. Sie schließen daher insbesondere die Eigenthumsnothwehr dann aus, wenn nach den Umständen des Falls der Verletzte auf genügenden Ersatz durch die Gerichte hätte rechnen können [2]), was dann meist bei Angriffen auf unbewegliches Gut (freilich ganz gegen das positive Recht) unbedingt angenommen wird. Dagegen wird von andrer Seite der Satz nur relativ gestellt, d. h. die Eigenthumsnothwehr wird an sich zugelassen, dabei aber ge-

1) Wirt. G.B. Art. 102. 103. Bad. Entw. Art. 78—81.

2) *Böhmer* Medd. ad art. 140. §. 3., ad Carpz. qn. 32. obs. 1. Feuerbach §. 38. Salchow Darstellung I. S. 50. Martin §. 45. Marezoll §. 24. Vgl. Fichte Naturrecht S. 82.

Digitized by Google

fordert, daß bei der Vertheidigung eines an ſich erſetzlichen Rechts wenigſtens kein unerſetzliches Recht des Angreifers verletzt werde [1]). Gewiſſermaßen den Uebergang zwiſchen dieſen beiden Anſichten bildet die [2]), wornach zwiſchen erſetzlichen und unerſetzlichen Rechten zwar nicht abſtrakt unterſchieden, immer aber doch ein im konkreten Fall drohender bedeutender (oder doch nicht ganz unbedeutender) Schaden erfordert werden ſoll. — Eine beſondre Modification der Beſchränkung der Eigenthumsnothwehr, welche ſich bei Luden [3]) a. a. O. findet, wird beſſer erſt weiter unten zu erwähnen ſeyn. — Im Gegenſatze gegen alle dieſe Anſichten behaupten dann Andre [4]), daß es auf den Inhalt des angegriffenen Rechts, ſelbſt wenn es nur durch Tödtung des Angreifers geſchützt werden könne, nicht ankomme. — Letztere haben aber offenbar Recht, ſobald es mit dem hier angenommenen Principe der Nothwehr ſeine Richtigkeit hat, wie dies auch beſonders Hefftter treffend hervorhebt. Sander und Zachariä haben den entgegengeſetzten Behauptungen ganz richtig entgegengehalten, daß die auf ein Verhältniß des bedrohten Rechts auf der einen und des verletzten Rechts auf der andern Seite rekurrirende Theorie mit der ganzen Grundlage des Nothwehrrechts in Widerſpruch geräth (wobei man

1) Tittmann Handb. I. S. 273. 274.; ſ. aber auch Note p.

2) *Koch* Inst. jur. crim. §. 449. *Damhouder* cap. 78. nr. 4. *Paalzow* Comp. S. 313.

3) Handbuch I. S. 296.

4) *Leyser* Sp. 600. med. 17. *Pittmann* Elem. §. 321. Grolmann §. 25. not. d. §. 140. not. d. Werner Handb. §. 217. Roßhirt LB. §. 27. n. 8. 9. Abegg LB. §. 109. Hefftter §. 43. n. 4. Wächter I. §. 51. Sander N. Arch. a. a. O. Zachariä ebend. 1841. S. 422 ff.

ja nie vergeſſen darf, daß dem Rechte das Unrecht gegenüberſteht, daß keineswegs, wie beim Nothſtande, eine Kolliſion vorhanden iſt, und daß endlich bei der Nothwehr ihrer Natur nach das für die Strafe giltige Princip der Wiedervergeltung nicht anſchlägt), — daß dabei ferner der Werth des die ganze Exiſtenz der Perſönlichkeit im ſocialen Leben bedingenden Eigenthumsrechts viel zu gering angeſchlagen wird, — daß endlich daſſelbe Argument ganz ebenſo auch auf die drohenden Verletzungen ſogenannter unerſetzlicher Rechte angewendet werden müßte, ſobald nur bei dieſen im beſondern Falle gleichfalls gezeigt werden könnte, daß nur ein ganz unbedeutender Theil des fraglichen Rechts den Gegenſtand des Angriffs gebildet habe (z. B. eine abzuſchneidende Haarlocke, ein kurzer Zwang zum Modellſtehen ꝛc.). Eine ganz andre Frage iſt es dann übrigens, ob ein in abstracto zur Nothwehr geeignetes Recht es auch unter allen Umſtänden in concreto ſei? dies wird unter 3) zu erörtern ſeyn. Genug, wenn vorläufig feſtgeſtellt iſt, daß das Eigenthumsrecht an und für ſich ſo gut, als die übrigen der Perſönlichkeit inhärirenden Rechte, durch Nothwehr geſchützt werden kann und muß, und daß die Anſicht, die ihm einen geringeren Werth zuſchreibt, ſchon wegen ihres Urſprungs aus der Theorie vom vermeintlichen Naturzuſtande nichts taugt [1]). — Was nun ferner die Ehre betrifft, ſo wird zwar im Ganzen wohl allgemein zugegeben, daß gegen Angriffe auf die Keuſchheit und gegen drohende Realinjurien Nothwehr zuläſſig ſei, dagegen verwerfen allerdings die Meiſten [2]) die Statthaftigkeit derſelben gegen

1) Sander a. a. O. S. 81.

2) Die Aelteren ſchränken die Nothwehr meiſt auf Realinjurien ein.

Digitized by Google

wörtliche und ſymboliſche Injurien, theils weil der Staat auf dem Wege des Rechts die verletzte Ehre wiederherzuſtellen vermöge, theils weil in ſolchen Injurien niemals ein ſolcher gegenwärtiger Angriff enthalten ſei, zu deſſen Abwehr die Verletzung des Andern als das geeignete Mittel erſcheinen könnte. Umgekehrt fehlt es jedoch auch nicht an älteren und neueren Kriminaliſten, welche der entgegengeſetzten Anſicht ſind [1]) und es keineswegs für unerlaubt halten, „Jemanden, der uns auch nur mit Worten injuriiren will, in dem Augenblick auf den Mund zu ſchlagen und ihm die Luſt dazu zu benehmen.“ In der That können auch die dagegen vorgebrachten Gründe nicht für ſtichhaltig erkannt werden. Zwar wird außer den angeführten noch der weitere, in jenen ſelbſt ſtillſchweigend verworfene, angegeben, daß gegen Verbalinjurien gar keine Nothwehr möglich ſei, weil dieſelben mit dem erſten Hervortreten der verbrecheriſchen Erſcheinung auch ſogleich vollendet ſeien, mithin die Nothwehr ſtets zur unerlaubten Rache ſich geſtalte [2]). Allein hiegegen iſt nicht nur das anzuführen, was weiter unten in Beziehung auf die Unbrauchbarkeit des Begriffs des vollendeten Verbrechens für die Lehre von der Nothwehr zu ſagen iſt, ſondern es iſt auch geradezu zu widerſprechen, daß eine Unterbrechung des Akts vor der Vollendung nicht denkbar ſei.

---

und zwar zum Beſten von Offizieren und Standesperſonen. S. die bei Wächter I. S. 89 Angef., ferner Püttmann §. 322. Feuerbach §. 38 not. c. u. Mittermaier not. 2 hinzu, nebſt den dort Angef., zu denen aber Wächter mit Unrecht gerechnet iſt; dazu Luden a. a. O. Marezoll S. 65.

1) S. Klein, Tittmann, Grattenauer, Grävell, Henke, bei Wächter I. S. 89 cit. Heffter §. 43. n. 4. Hermann z. ſächſ. Gb. S. 141. Hufnagel Komm. I. S. 221. Breidenbach Komm. S. 595. Abegg Unterſ. S. 113 ff.

2) Zachariä oben S. 440—442 cit.

Digitized by Google

ſ. S. 442. Iſt aber gegen ſolche Angriffe die Nothwehr wenigſtens unter Umſtänden möglich, ſo muß ſie auch zuläſſig ſein. Der Feuerbachiſche Gegengrund, daß hier Wiederherſtellung des verletzten Guts durch den Staat möglich ſei, taugt deshalb nichts, weil nur die in continenti bereite Staatshilfe das Recht der Nothwehr ausſchließen kann, andrerſeits aber gerade das ruhige Einſtecken der Injurie, wo man ihr hätte wehren können, ihr erſt die rechte, ſcharfe ehrverletzende Spitze geben würde, die in einem ſolchen Falle durch das hinterherkommende Urtheil des Staats in der öffentlichen Meinung nicht mehr würde abgeſtumpft werden können. Aber auch der andre, von Luden vorgebrachte, Gegengrund vermag nicht zu befriedigen, ja derſelbe erſcheint höchſt ſonderbar, da er die Wahrheit geradezu auf den Kopf ſtellt. Denn, ſolange die Ehre für das koſtbarſte Gut der Perſönlichkeit gilt, wird man ſicherlich ſtets der Anſicht bleiben, daß auch wörtliche und ſymboliſche Injurien ohne alle Frage, „ſolche gegenwärtige Angriffe ſeien, zu deren Abwehr die Verletzung des Angreifers als ein überaus geeignetes Mittel erſcheine.“ Unter den neueren Geſetzbüchern iſt es das Hannövriſche, welches die richtige Anſicht (Art. 78) am entſchiedenſten anerkennt. Das Wirtembergiſche, Heſſiſche und Braunſchweigiſche geſtatten die Nothwehr wenigſtens gegen gewaltthätige, mit Gefahr für die Ehre verbundene, Angriffe auf die Perſon ſelbſt, bei welcher Faſſung es allerdings ſchwierig ſeyn wird, die Zuläſſigkeit der Nothwehr gegen Verbalinjurien zu vertheidigen [1]), ſicherlich aber nicht zum Vortheil der Sache [2]).

1) Breidenbach Komm. S. 595. Hufnagel Komm. I. S. 220. 221. III. S. 132.

2) Ganz mit Recht ſagt Heffter, die Ausſchließung der Nothwehr

b) Die Frage, ob auch gegen einen schon vollbrachten Angriff Nothwehr oder ein Analogon davon noch zulässig sei, wird wiederum bei Angriffen auf Eigenthum und Ehre praktisch. Sicherlich wird man zunächst an der Forderung festhalten müssen, daß der Angriff nicht schon völlig gelungen und das durch denselben begründete drohende Verhältniß gänzlich wieder aufgehoben gewesen seyn dürfe. Denn das liegt im Begriffe der Nothwehr, daß sie eben nur gegen eine noch nicht in die Existenz getretene Rechtsverletzung ausgeübt wird. Mit Recht fordert daher die Doktrin einen dringenden (gegenwärtigen, unmittelbar bevorstehenden) Angriff, und rechnet hiezu auch ausdrückliche oder stillschweigende Drohungen, wenn die Erfüllung derselben mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte [1]). Die schwierige Frage ist nun aber, wann der Angriff als beendigt angesehen werden müsse, so daß nun keine Nothwehr mehr dagegen zulässig sei? Schon die gemeinrechtliche Gesetzgebung reflektirte hierauf für den Fall der Dejektion aus Immobilien, wogegen sie in continenti geübte Privatgewalt als rechtmäßig zuläßt [2]) desgleichen sorgen neuere Gesetze für den Fall des mit der gestohlenen Sache entlaufenden Diebs [3]). Ob man mit Wächter diese Fälle ausdrücklich von der Nothwehr absondert, oder nicht, ist in der

---

gegen die Verletzung der Ehre sei gegen die Forderungen der jetzigen Zeit und die Rechtsprincipien, die sie nähren sollten, — die Folge schwächlicher oder zu ängstlicher Theorieen, welche ehmals herrschten.

1) *Leyser* sp. 600 m. 28. Martin §. 45 III. Wächter I. S. 87. Heffter § 43. not. 6. Luden I. S. 293.

2) L. 3. §. 9. l. 17 D. de vi. Wächter I. S. 85.

3) Wirt. Straf-G.B. Art. 102. vgl. auch schon *Böhmer* Med. ad art. 140 §. 3. u. ad Carpz. qu. 32. obs. 1. Hufnagel I. S. 222. Hermann Beurth. das sächs. G.Bs. S. 143.

Digitized by Google

Sache selbst gleichgiltig, da er für dieselben das gleiche Princip anspricht. Dagegen wollen Andre [1]) in jedem Falle, wo das Delikt des Angreifers vollendet sei, die Nothwehr und ihr Princip ausdrücklich ausgeschlossen wissen. Es ist jedoch ganz mit Recht bemerkt worden [2]), daß der Moment der Vollendung des Delikts nicht entscheiden könne, weil aus seiner gesetzlichen Festsetzung noch nicht folge, daß nunmehr gegenüber den Rechten des Verletzten die gänzlich vollendete Rechtsverletzung in ebenderselben Form der Handlung liege, daß vielmehr die Vertheidigung einer Sache gerade so weit gehe, als die Möglichkeit, darüber körperlich zu verfügen, die Unzulässigkeit der Nothwehr mithin erst dann eintrete, wenn während eines erkennbaren dazwischenliegenden Zeitraums der Eigenthümer gänzlich aus dem Besitz gesetzt, die Rechtsentziehung wirklich beendigt gewesen sei, nicht aber, solang der wahrscheinliche Rechtsverlust in continenti noch abgewehrt werden könne. Aus demselben Grunde wäre dann, selbst unter der Voraussetzung, daß Verbalinjurien keinen Versuch und darum keine Nothwehr zulassen, dennoch wenigstens zur Abwendung weiterer dergleichen erst bevorstehender Injurien die Nothwehr zu gestatten [3]).

ad 2) treten die besondern Fragen hervor: a) ob auch gegen Maßregeln der öffentlichen Gewalt Nothwehr zulässig sei? b) ob auch gegen einen Unzurechnungsfähigen oder einen im Nothstande Befindlichen? c) ob der ungerechte Angriff auch unverschuldet gewesen seyn müsse? — ad a) So gewiß von einer rechtmäßi-

1) Luden Hdbuch. I. S. 293.
2) Sander N. Arch. 1841. S. 90—98. Zachariä ebend. S. 427. not. * Hefftter §. 44. not. 3.
3) Hufnagel I. S. 221.

gen Nothwehr nicht die Rede seyn kann, wenn der Angreifer ein Recht zu seinem Angriffe hatte, so gewiß kann auch gegen obrigkeitliche Personen, wenn dieses Moment bei ihnen nicht zutrifft, ebensowohl Nothwehr ausgeübt werden, als gegen Privatpersonen [1]). Es ist daher keineswegs zu billigen, wenn das Wirt. Straf-G.B. Art. 174 den Widerstand gegen gesetz- und ordnungswidriges Verfahren der Obrigkeit nur dann für straflos erklärt, wenn der ungerecht Bedrängte mit einem unersetzlichen Nachtheil bedroht gewesen sei. Denn die Behauptung, daß die Nothwehr überhaupt die Bedrohung mit einem solchen Nachtheile voraussetze, ist unrichtig, da sie vielmehr gegen jeden ungerechten Angriff, gegen welchen im Augenblick keine Staatshilfe zu Gebot steht, zulässig ist. Jene Behauptung ist um so verwerflicher, wenn sie vollends so weit geht, einen Unterschied zwischen Gebildeten oder Vornehmen einer-, und Mindergebildeten oder Geringeren andrerseits aufzustellen, wornach gegen letztere Angriffe auf Freiheit und Ehre für erlaubt gelten sollen, die es gegen erstere nicht seien. Vielmehr, wenn Nothwehr gegen obrigkeitliche Personen überhaupt zulässig ist, so muß sie auch gegen jeden ungerechten Angriff derselben gestattet seyn, wobei sich dann von selbst versteht, daß hier, wie überall, die Grenzen der Nothwehr nicht überschritten werden dürfen. Es kann sich daher nur fragen, in welchen Fällen überhaupt von einem ungerechten Angriff von Seiten der Obrigkeit die Rede seyn könne? Darauf muß aber unbedenklich geantwortet werden, daß dies

---

1) *Leyser* sp. 590. m. 9. *Böhmer* ad Carpz. qu. 35 obs. 8. Henke I. S. 207. Heffter §. 43. not. 5. Martin §. 45. not. 9. Jarcke I. S. 149. Marezoll S. 63. not 3.

überall der Fall sei, wo eine unzuständige Obrigkeit in Handlung ist oder eine zuständige Obrigkeit eine materiell gesetzwidrige Anordnung durchsetzen will. Ganz verwerflich ist die alle Rechtsgrundsätze auf den Kopf stellende Behauptung[1]), daß es der Obrigkeit gegenüber gar keine gerechte Nothwehr gebe, weil sie den Satz enthält, daß auch eine unzuständige oder materiell gesetzwidrig handelnde Obrigkeit in ihrem Rechte sei. Damit wäre begreiflich alle staatsbürgerliche Freiheit über den Haufen geworfen[2]), und dies wäre ein viel größeres Unglück, als das vermeintliche Unglück, daß im Gegentheil die Revolution legalisirt wäre. Denn es versteht sich wohl von selbst, daß die Gefahr des gesetzwidrigen Handelns von Seiten der mit der Macht Bekleideten viel größer ist, als von Seiten der Bürger, die wegen jeder irrigen Ausübung oder Ueberschreitung des Rechts auf bloß verfassungsmäßigen Gehorsam Strafe zu erwarten haben. Und sehr richtig sagt Hufnagel[3]), ganz gewiß werde die Würde der Staatsgewalt mehr aufrecht erhalten, wenn man annehme, daß sie ihren ungerecht handelnden Diener desavouire, daß sie ihn in einem solchen Akte gar nicht als ihren Agenten beachte, als wenn man annehme, sie wolle ihn auch jetzt noch als ihr Organ respektirt wissen. Selbst das kann nicht gebilligt werden, wenn Luden[4]) sagt,

---

1) v. Jagemann N. Arch. 1842 S. 599; dagegen Zachariä ebend. 1843 S. 355—376.

2) Zachariä Staatsrecht I. S. 251. Mohl Staatsrecht I. S. 323 ff. vgl. die französ. Literatur bei Mittermaier not. 9 zu Feuerbach §. 201.

3) Kommentar III. S. 229. vgl. Schlözer Staats-R. S. 195 ff. Feuerbach Antihobbes S. 92 ff.

4) Handb. I. S. 300 vgl. Grattenauer S. 75. und Henke I.

Digitized

die öffentliche Gewalt habe ſtets die Präſumtion der Rechtmäßigkeit für ſich, und eine Ausnahme finde nur dann ſtatt, wenn ihre Diener eine Gewalt anwenden, die ſich ſchon ihrer Form nach als eine unbefugte und verbrecheriſche erweiſe. Soll nämlich damit geſagt ſeyn, daß alle Handlungen der Obrigkeit, die nur in nicht verbrecheriſcher oder unbefugter Form vorgenommen werden, als rechtmäßig zu betrachten ſeien (und etwas Andres kann wohl der Verfaſſer nicht meinen), ſo iſt die Lehre kaum minder verwerflich, als die vorhin angeführte. Was ſoll man aber überall von einem Staate halten, der ſich hinter ſolche Präſumtionen flüchten muß, hinter Präſumtionen, die das Geſtändniß enthalten, daß ſeine Organe materiell unrechtlich verfahren, und daß er auf's höchſte gefährdet wäre, wenn einmal geſtattet würde, daß dieſem Unrecht ſein Recht widerführe? Unbequem für die Funktionäre der vollziehenden Gewalt iſt ohne Zweifel der Grundſatz, daß ihrem Unrechte der Bürger Widerſtand entgegenſetzen dürfe; allein dieſer Grundſatz iſt die nothwendige Folge der Anerkennung ſtaatsbürgerlicher Freiheit. Wo dieſe wirklich beſteht, da zeigt die Erfahrung, daß man ihr auch vertrauen darf und daß ſie ſelbſt die beſte Wäch-

---

S. 207. Auch Zachariä N. Arch. 1843. a. a. O. macht a. E. Konceſſionen, die um ſo weniger gebilligt werden können, als ſie mit dem, was er ſelbſt S. 370. 371 ausſpricht, in Widerſpruch ſtehen. Denn zur geſetzlichen Form der Handlung gehört doch gewiß auch ihre Vornahme durch die zuſtändige Behörde. Das Erforderniß von dolus oder culpa lata auf Seiten des Beamten iſt aber unrichtig, da der Angriff bei der Nothwehr keineswegs ein ſubjektiv ungerechter ſeyn muß (ſ. ſogleich ad b). Ebenſowenig braucht ein unerſetzlicher Nachtheil zu drohen. Genug, wenn der unzuſtändige Beamte trotz der Proteſtation mit poſitiver Gewalt einen Befehl ausführen will, wodurch der Bürger mit einer unmittelbaren, nicht anders mehr abzuweiſenden Rechtsverletzung bedroht wird.

Digitized by Google

terin der Gesetze ist; das Gefährliche ist nur die Halbheit, womit eine feigherzige Politik sie einerseits anerkennen und andrerseits doch von mißtrauischer Bevormundschaftung nicht lassen will. Doppelt gefährlich, weil man dann eben solche Präsumtionen aufstellen muß, die in dem ganzen politischen Systeme kein Fundament mehr haben, und daher ihre Widersinnigkeit an der Stirne tragen. Uebrigens ist hier nicht einmal von dem ganzen Umfang der Frage über den bloß verfassungsmäßigen Gehorsam die Rede, sondern nur davon, daß der Bürger gegen eine obrigkeitliche Person, welche einen widerrechtlichen Akt trotz seiner Protestation gegen ihn durchsetzen will und ihn damit in einem Falle, wo er keiner bereiten Staatshilfe sich zu gewärtigen hat, mit einer unmittelbaren Rechtsverletzung bedroht, Nothwehr gebrauchen dürfe. Dies ist sogar nicht bloß ein Recht des Bürgers, sondern seine heilige Pflicht, da er durch die Nichtausübung seines Rechts dazu helfen würde, das absolut nichtige Unrecht zur Existenz kommen zu lassen.

ad b) ist nicht einzusehen, wie Martin [1]) behaupten mag, daß der zur Nothwehr berechtigende Angriff von einem Zurechnungsfähigen ausgehen müsse. Denn dieser ungerechte Angriff braucht keineswegs ein subjektiv verbrecherischer zu seyn, wie denn auch die Nothwehr keineswegs mit der Strafe identisch ist. Ihr Recht tritt überall ein, wo der Staat, sei es als Justiz- oder Polizeigewalt, nicht im Stande ist, eine der Persönlichkeit unmittelbar drohende Rechtsverletzung abzuwenden. Da nun eine solche auch von Seiten eines

1) Lehrb. §. 45 not. 4; s. dagegen Luden I. 301. not. 17. Hufnagel III. S. 131.

Nichtzurechnungsfähigen drohen kann, so muß das Recht der Nothwehr auch hier Platz greifen. Wenn dagegen Luden auch von Nothwehr gegen einen im Nothstande Befindlichen spricht, so mag eine solche Inkonsequenz freilich nothwendig seyn, wenn man einmal den Begriff des Nothstands so exorbitant ausdehnt, wie es gewöhnlich geschieht. Schränkt man ihn aber in seine richtigen Grenzen ein (s. §. 154), so ist klar, daß ein Angriff auf fremdes Eigenthum, wodurch das absolute Recht des Lebens sich geltend macht, kein ungerechter und eben darum keine Nothwehr dagegen gestattet seyn kann. —

ad c) ist die früher oft vertheidigte Behauptung [1]), daß der Angriff unverschuldet gewesen seyn müsse, jetzt wieder von Luden [2]) vorgebracht. Die Konsequenz davon ist, daß dem Duellanten, dem auctor rixae gegenüber vom auctor pugnae, sowie dem, welcher den Ort aufsuchte, wo er wußte, daß ihn ein Angriff erwarte, endlich gegenüber einem Exceß der Nothwehr das Recht der Nothwehr schlechthin abgesprochen wird. Allein der Grund, daß man sich in solchen Fällen den Angriff durch culpa zugezogen habe, ist nicht entscheidend. Zwar kann ohne Zweifel in den fraglichen Fällen die Bestrafung derjenigen Handlung, wodurch man den Angriff gegen sich veranlaßte, falls sie strafbar ist, nicht ausbleiben; allein darum bleibt dieser Angriff doch ein ungerechter und deshalb die Abwehr desselben rechtmäßig, daher von einer Anwendung des Begriffs der culpa (den freilich Luden unrichtig bestimmt) keine Rede seyn kann [3]).

---

1) s. Literatur bei Wächter I. S. 86.

2) Handb. I. S. 301. not. 18.

3) *Leyser* sp. 600. med. 18. 19. *Böhmer* Med. ad art. 140. §. 1. 2. ad art. 144 §. 3. Marezoll S. 63. not. 3. Hufnagel III. S. 131. Abegg L.B. S. 170.

Digitized

Mit Recht sind denn auch sämmtliche neueren Gesetzgebungen der entgegengesetzten Ansicht.

ad 3) Wesentliche Voraussetzung ist jedoch, daß der drohende Angriff durch unschimpfliche Flucht oder obrigkeitliche Hilfe nicht abgewendet werden konnte [1]). Nur muß mit diesem Requisite nicht, wie von Luden geschieht, die gar nicht zu den Bedingungen der Nothwehr gehörige Frage über die moderatio tutelae in gleiche Linie gesetzt werden. Sodann aber sucht Luden [2]) an das gedachte Requisit die schon oben besprochene Beschränkung der Eigenthumsnothwehr anzuknüpfen. Weil nämlich Vermögensrechte ihrer Natur nach ersetzbar seien, so könne nicht angenommen werden, daß bei einem Angriffe auf dieselben das fragliche Requisit vorhanden sei. Damit geht er viel weiter, als diejenigen, welche nur bei Angriffen auf ganz geringfügige Vermögensobjekte, oder überhaupt auf in concreto ersetzliche Vermögensrechte das Recht der Nothwehr ausschließen [3]). Indessen glaubt er den sehr gegründeten Einwendungen, welche hiegegen zu machen und ad 1) angegeben worden sind, durch eine Seitenwendung entgehen zu können, freilich durch eine Wendung, wobei sein allgemeiner Satz großentheils unpraktisch und der richtigen Ansicht eine relativ größere Konzession gemacht wird, als von den ad 1) angeführten Gegnern. Er giebt nämlich zu, daß auch bei Angriffen auf Vermögensrechte Nothwehr immer zulässig sei, wenn zugleich Gefahr für Leib oder Leben vorliege, daß dies aber immer der Fall sei, wenn der Benöthigte jenem

1) Bair. Gb. Art. 127. Sächs. Gb. Art. 70. Wirt. Gb. Art. 103. Hess. Gb. Art. 48. Braunschw. Gb. Art. 166.

2) Handb. I. S. 294—298.

3) Vgl. auch das Wirt. Straf-Gb. Art. 103.

Digitized by

Angriff Widerstand (uneigentliche Nothwehr) [1]) entgegensetze, diesem Widerstande aber der Angreifer sich nicht fügen wolle, indem er dem Angegriffenen entweder den Besitz gewaltsam zu entreißen oder denselben gewaltsam zu hindern suche, sich wieder in den verlorenen Besitz zu setzen. Damit ist aller Streit über die Fälle, wenn der Eigenthümer bei dem Angriffe auf sein Besitzthum gegenwätig ist und sich dem Angriffe widersetzt, abgeschnitten; und es handelt sich nur noch um die Fälle, wenn der Angreifer der vom Angegriffenen unternommenen Vertheidigung durch die Flucht mit den genommenen Sachen zu entkommen suchte, oder wenn der Angegriffene sich auf gar keine Vertheidigung seines Besitzthums eingelassen hatte. Indessen kann auch diese Unterscheidung nicht befriedigen. Denn es ist eine höchst willkührliche Zumuthung an den Eigenthümer, daß er, um das Recht der Nothwehr zu erhalten, sich erst in persönlichen Kampf mit dem Angreifer einlassen und sich hiemit der Gefahr aussetzen soll, anticipando von ihm niedergestochen zu werden. Vielmehr muß man mit Sander [2]) sagen: entweder ist jeder Angriff auf das Eigenthum in Gegenwart des Eigenthümers an und für sich schon ein Angriff auf seine Person, — dann braucht der Eigenthümer nicht erst durch Anwendung uneigentlicher Nothwehr den Fall der eigentlichen herbeizuführen; oder es war nach den Umständen des Falls eine Gefahr für die Person nicht vorhanden, — dann werden die Grundsätze über den excessus defensionis ausreichen, wie sie ja auch ausreichen müssen, wenn auf einen ganz unbedeutenden Angriff gegen ein andres Recht Tödtung erfolgt. Freilich ist nun im

1) Vgl. Marezoll. S. 64. 65.
2) N. Arch. 1841. S. 78.

Digitized by Google

zweiten Fall dieser Alternative vorausgesetzt, daß eben nur ein geringes Eigenthumsstück in Frage sei. Allein Sander braucht das Dilemma auch nur, um zu zeigen, daß die vermeintliche Gefahr bei der Eigenthumsnothwehr nicht groß sei, sobald man nur die Grundsätze über den excessus defensionis im Auge behalte. Es kann jedoch auch der Fall seyn, daß ein bedeutender Werth bedroht, gleichwohl aber für Leib oder Leben des Eigenthümers keine Gefahr vorhanden ist, weil ihn etwa die Diebe in sein Zimmer eingeschlossen haben, um selbst seiner uneigentlichen Nothwehr zuvorzukommen [1]). Hier darf nach der gewöhnlichen Lehre der Eigenthümer zur Nothwehr greifen, sobald er nicht mit Wahrscheinlichkeit auf Ersatz rechnen konnte, — nach Ludens Ansicht dagegen darf er es nicht. Im Hinblick auf solche Fälle kann man denn auch nicht mit der ganz allgemein gestellten Behauptung von Sander [2]) übereinstimmen, daß bei jedem drohenden oder in der Ausführung begriffenen Angriffe auf das Eigenthum nothwendig auch eine Drohung gegen den gegenwärtigen Eigenthümer vorliege, — welche Behauptung ohnedies dem Hauptsatze Sanders, daß der Werth des Eigenthumsrechts dem Werthe aller übrigen Rechte der Persönlichkeit gleich sei, die Spitze abbricht. Sander zeigt sehr treffend, daß die Beschränkung der Eigenthumsnothwehr, neben der Gestattung der schrankenlosen Vertheidigung der Person, eine wahre Falle für den Angegriffenen sei. Gerade dieselbe Halbheit, die hier getadelt wird, liegt auch in der Ansicht von Luden. Man kann zwischen beiden entgegengesetzten Principien nicht in der Mitte stehen bleiben. Entweder muß man

1) Zachariä ebend. S. 427.
2) A. a. O. S. 86 ff.

den Grundſatz annehmen, daß das Eigenthum, wie die Perſon, vertheidigt werden dürfe, und gegen die Gefahr des Mißbrauchs ſich an die Grundſätze über die Ueberſchreitung der Grenzen der Nothwehr halten, — oder man hält mit Luden das Eigenthum für ein zur Nothwehr nicht geeignetes Recht: dann muß man nicht auf künſtlichem Wege wieder die Zuläſſigkeit der Nothwehr auch für den zunächſt nur im Eigenthum Angegriffenen herausbringen wollen. Die zweideutige Verweiſung des Eigenthümers auf die Nothwehr für ſeine Perſon taugt nichts, weil ſie eben ſo zweideutig, weil es bei Angriffen auf das Eigenthum ſo ſchwer zu entſcheiden iſt, ob damit zugleich die Perſon bedroht wird oder nicht; ferner taugt ſie nichts für die von Zachariä S. 427 angeführten Fälle. Noch viel ſchlimmer iſt aber die Zumuthung, welche Luden dem angegriffenen Eigenthümer macht. Zunächſt läßt auch ſie das Eigenthum (und zwar auch das unerſetzliche) ſchutzlos in allen Fällen, wo der Eigenthümer die uneigentliche Nothwehr nicht ausüben kann oder will, weil er etwa gebrechlich oder von den Dieben eingeſperrt iſt, oder weil er ſich nicht traute, mit ihnen handgemein zu werden. (Zwar ſoll nach Luden bei der Frage, ob ein Fall rechter Nothwehr vorhanden geweſen, es nur darauf ankommen, ob die Vorausſetzungen derſelben in der Vorſtellung des Handelnden gelegen haben, aber hinterher wird doch wieder geſagt, daß der Richter den Beweis aus allen Umſtänden des Falls zu entnehmen habe.) Eben deshalb iſt ſie denn auch ohne Zweifel in hohem Grade unpraktiſch, ſofern ſie das Eigenthum gerade in denjenigen Fällen preisgiebt, in welchen es des Schutzes am meiſten bedürfte. Denn die Ausübung der eigentlichen Nothwehr iſt abhängig gemacht von der vorherigen Aus-

übung der uneigentlichen; es ist aber klar, daß letztre, wenigstens in der Regel, nur dann stattfinden wird, wenn der Eigenthümer keine ernstliche Gefahr für seine Person besorgen zu müssen glaubt; nach jener Ansicht ist also die Nothwehr ausgeschlossen, wo sie am meisten Bedürfniß wäre, dagegen zugelassen, wo sie in der Regel als überflüssig hinwegfallen wird. Uebrigens scheint Luden gar nicht bedacht zu haben, daß er als Requisit der rechten Nothwehr aufstellt: daß der rechtswidrige Angriff nicht von dem Angegriffenen selbst hervorgerufen seyn dürfe. Offenbar wäre ja dies hier hinsichtlich des Angriffs auf die Person der Fall; denn man könnte dem Eigenthümer, der sich auf Nothwehr beriefe, stets entgegnen: er hätte nur den Dieb dürfen ruhig stehlen lassen; er habe nicht nöthig gehabt den Dieb anzugreifen, der ihn seinerseits nicht persönlich angegriffen haben würde; seine eigene Schuld sei es also, in die kritische Lage gekommen zu seyn. — Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß unter Staatshilfe nur zeitige, d. h. behufs der Abwehr des Angriffs noch zu erlangende gemeint ist [1]). Andrer Meinung müssen natürlich Feuerbach u. A. seyn, welche die Ehre oder das ersetzbare Eigenthum aus dem Grunde ausschließen, weil eine Wiederherstellung durch den Staat möglich sei. Die oben angeführten Gesetzbücher gebrauchen in der Regel die weitere Fassung: es dürfe nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen, dem Angegriffenen nicht unbekannten, Mitteln vorhanden gewesen seyn, durch welche derselbe ohne Gefahr dem Angriffe sich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermocht haben würde [2]).

1) Martin §. 45. not. 11. Marezoll S. 64. not. 2.
2) Vgl. noch Richter Philos. Straf-R. S. 135—138.

Digitized by

§. 191.

Wo dieſe Bedingungen nicht vereint vorhanden ſind, da iſt das Recht der Nothwehr überhaupt nicht begründet. Wo ſie es aber ſind, da findet dieſes Recht nicht nur für den unmittelbar Bedrohten, ſondern auch für jeden Dritten zur Vertheidigung der Rechte eines ungerecht Angegriffenen in der Weiſe ſtatt, daß nöthigenfalls bis zur Tödtung des Angreifers gegangen werden darf und ſelbſt die Verletzung eines unſchuldigen Dritten als entſchuldigt gilt. Gleichwohl hat dies Recht auch ſeine Grenzen, bei deren Ueberſchreitung die Handlung ſtraflos zu ſeyn aufhört. Es darf nämlich 1) die Nothwehr nur ausgeübt werden, ſo lange die Rechtsentziehung nicht durchaus vollendet iſt, welcher Moment übrigens nicht mit dem der Vollendung des begangenen Delikts identiſch, ſondern erſt dann anzunehmen iſt, wenn der Angreifer nach geglücktem Unternehmen der Behufs der Vertheidigung vorgenommenen [1]) Verfolgung ſich entzogen hat. 2) Der Gebrauch der Vertheidigungsmittel darf nicht weiter ausgedehnt und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht werden, als unter den Umſtänden, in welchen der Angegriffene ſich zur Zeit des Angriffs befand, nothwendig erſchien. Sind dieſe Grenzen überſchritten worden, ſo iſt ein Exceß der Nothwehr vorhanden, der entweder dolos oder kulpos ſeyn kann, in beiden Fällen aber eigenthümliche Strafbeſtimmungen erfordert, weil jedenfalls der Zuſtand des in den Stand der Nothwehr Verſetzten die Intenſität der Schuld in der mittelſt des Exceſſes begangenen widerrechtlichen Handlung viel geringer erſcheinen läßt, als wenn dieſelbe Handlung nicht im Stande der Nothwehr begangen worden wäre. Nicht daſſelbe kann ſchlechthin von dem Falle geſagt werden, wenn zur Noth-

1) Durch dieſe Beſtimmung iſt klar ausgedrückt, daß die ganze Bemerkung ſich nur auf die Eigenthums-Nothwehr bezieht. S. §. 190. Anm. ad 1) Heffter §. 44. not. 3.

wehr geschritten wird, ohne daß ihre Bedingungen vorhanden waren, wiewohl auch hier aus den analogen Umständen sich meistens Gründe ergeben werden, welche die Rechtsverletzung von der subjektiven Seite als geringer erscheinen lassen.

Anm. — Schon um des zuletzt angeführten Unterschieds willen ist es dringend nöthig, die Fälle, wo die Bedingungen der Nothwehr nicht vorhanden sind, von den Fällen der Ueberschreitung ihrer Grenzen gehörig zu sondern, was nicht immer gehörig geschieht [1]). Bei Heffter sind zwar die Fälle richtig auseinander gehalten; dagegen verlangt er mit Unrecht für beide schlechthin dieselbe Behandlung [2]). Wenn nun hierin Feuerbach (§. 39. Note a.) das Richtige angiebt, so geht er doch wieder darin zu weit, daß er bei bloß vermeintlicher Nothwehr gar keine Entschuldigung gelten lassen will [3]). Offenbar richtiger verlangt auch hier das wirtembergische GB., daß der Richter auf die Umstände Rücksicht zu nehmen habe [4]). — Die Bemerkung, daß eigene Strafbestimmungen für beiderlei Fälle gegeben werden sollten, rechtfertigt sich aus der Schwierigkeit, sie unter die gewöhnlichen Normen über dolose oder kulpose Tödtung, Körperverletzung ꝛc. zu subsumiren, wie denn in Folge der Unterlassung dieser Fürsorge im wirt. GB. alsbald in der wirtembergischen Praxis sich Uebelstände herausgestellt haben [5]), wogegen das hessische GB. die gedachte Lücke ausgefüllt hat. — Das Recht, einem Dritten im Stande der Nothwehr Befindlichen beizuspringen, ergiebt sich

1) S. Feuerbach §. 38. Luden I. §. 45. Wirt. GB. Art. 103.
2) LB. §. 45. Vgl. dagegen Grattenauer Nothwehr S. 149 ff. Henke I. §. 34. Wächter I. §. 52.
3) Vgl. auch Marezoll S. 56. n. 2.
4) Hufnagel I. S. 223. Vgl. Abegg LB. S. 171.
5) Hufnagel III. S. 132—134. Vgl. Breidenbach S. 532 Note.

Digitized by Google

aus ihrem Begriffe von selbst. Denn die Antinomie, deren Lösung in dem Rechte der Nothwehr liegt, ist nicht nur für den unmittelbar Angegriffenen vorhanden, sondern eine objektive, d. h. sie ist für Jeden vorhanden, der bei einem ungerechten Angriffe gegenwärtig ist, welchem der Bedrohte in Ermanglung bereiter Staatshilfe nicht anders, als durch gewaltsamen Widerstand, ausweichen kann. Das Wesentliche ist die Rechtmäßigkeit der in solchem Fall ausgeübten Privatgewalt überhaupt, welche auf eigenthümliche Weise die Stelle des Staats vertritt. Dagegen ist es gleichgiltig, von wem sie ausgeübt wird, da die wesentlichen Momente der Sache, d. h. das absolute Unrecht, das sich geltend machen will, und die Unmöglichkeit seiner Verhinderung durch den Staat, hiemit die Nothwendigkeit, es durch Privatgewalt zu verhindern, in beiden Fällen vorliegen [1]). Wenn viele Kriminalisten das fragliche Recht nicht unter die Kategorie der Nothwehr stellen, so hat dies in der Regel nur seinen Grund in ihrer Anschließung an die P.G.O., während die neueren Gesetzgebungen ihm unbedenklich die richtige Stellung geben. Luden [2]) hat zwar seine frühere Ansicht über das fragliche Recht, in Folge der von Zachariä erhobenen Einwendungen, großentheils zurückgenommen. Allein auch jetzt noch bleibt er bei der irrigen Behauptung, daß die Nothwehr auf Verletzungen zur Abwendung eigener Gefahr beschränkt sei. Noch entsteht weiter die Frage, ob der Dritte das Recht der Nothwehr nur auf Anrufen des Angegriffenen habe, oder ob er demselben von freien Stücken beispringen dürfe? Unzweifelhaft spricht Letzteres das hessische G.B.

1) Vgl. Temme Kritik des preuß. Entw. S. 159.
2) Abh. II. S. 492. Handb. I. S. 297. Note 10. Vgl. N. Arch. 1841. S. 435.

Digitized by Google

Art. 50 aus; es liegt aber ſicherlich auch im Art. 104 des wirtemb.; und ſelbſt das iſt beiden gleich, daß der Beiſpringende nicht zu unterſuchen braucht, ob der Angegriffene im Stande geweſen ſei, ſich ſelbſt zu vertheidigen oder nicht [1]). Wie ſehr auch dies dem praktiſchen Bedürfniſſe gemäß iſt, zeigt der (auch von Zachariä angezogene) Fall, welchen v. Strombeck in Hitzig's Annalen XVI. S. 126 — 134 mitgetheilt hat. Daß übrigens der Beiſpringende nur dann das Recht der Nothwehr für ſich hat, wenn er nicht bloß glaubt, daß der Andre in Noth ſei, daß vielmehr dies auch wirklich der Fall ſeyn muß, verſteht ſich von ſelbſt [2]), wiewohl es auch ſchon geläugnet wurde.

2) Die Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat.

§. 192.

a) Sofern das Verbrechen weſentlich nur als Geſetzesübertretung zur Exiſtenz kommt, ſetzt es auch immer ein beſtimmtes Geſetz, und — da beſtimmte Geſetze an beſtimmte Staaten gebunden ſind, — das beſtimmte Geſetz eines beſtimmten Staats voraus. So gewiß das Recht ſeiner Idee nach ein Allgemeines iſt, ſo gewiß iſt es ſeiner Erſcheinung nach poſitives, in verſchiedenen Staaten verſchieden beſtimmtes, beſonderes Recht. Dieſe nothwendige Individualiſirung des Rechts nach dem Princip der Territorialität ſteht nun keineswegs der Idee eines Weltbürgerrechts im Wege, da es damit wohl vereinbar iſt, den Angehörigen fremder Staaten im Inlande denſelben Rechtsſchutz zu gewähren, wie den Bürgern des eigenen Staates, ja ſogar dieſelben in manchen

1) Anderer Meinung Hufnagel III. S. 135, der auch wohl mit Unrecht ſagt, daß Temme's Anſicht auf jene Sätze führe, da ſie vielmehr geradezu auf die Nothwendigkeit des Anrufens führt.

2) Vgl. Hufnagel a. a. O. Breidenbach S. 624.

Hinsichten nach den Gesetzen ihrer Heimath rechtlich zu behandeln. Allein dieses internationale Recht muß auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts beschränkt bleiben, da es nur für dieses Sinn hat, die territoriale Besonderheit des Staates relativ negativ zu setzen und die Idee des Weltbürgerrechts an die Stelle treten zu lassen. Ganz anders verhält es sich jedoch mit dem staatsrechtlichen Kreise, in welchem dem Staate gerade die territoriale Besonderheit unbedingt wesentlich ist. Hier kann der Staat schlechthin kein andres Gesetz anerkennen, als das seinige, das eben sein individuelles Leben, wodurch er bestimmter Staat ist, ausdrückt. Eben daraus folgt aber auch, daß er andre bestimmte Staaten in derselben ausschließlichen Individualität anerkennen muß. Diese Abschließung im Kreise des öffentlichen Rechts steht aber mit der Idee des Weltbürgerrechts um so weniger im Widerspruch, als in dieser eben nur dies liegt, daß der Mensch, wo er auch seine Heimath habe, in jedem Staate Rechtsschutz, d. h. Anerkennung als freie Persönlichkeit finden müsse, nicht aber auch, daß die specifischen Staatsfunktionen und die besondern Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze des konkreten Staats sich in ihrer Anwendung auf Auswärtige modificiren müßten. Diese stehen vielmehr schlechthin unter dem Princip der Territorialität, in dem doppelten Sinne, daß sie in dem betreffenden Gebiete ausschließliche, und daß sie über dasselbe hinaus keine Geltung haben. Dem Völkerrechte ist hier dadurch genügt, daß jeder Staat die betreffenden Einrichtungen hat und den Fremden nicht schlechter behandelt, als den Einheimischen; denn weiter erstreckt sich jenen specifischen Staatsfunktionen gegenüber das absolute Menschenrecht nicht. Zu den specifischen Staatsfunktionen gehört nun aber insbesondre die Verwaltung der Strafgerechtigkeit, die sich hiemit auf das konkrete Staatsgebiet zu beschränken und die individuelle Besonderheit andrer Staaten zu re-

Digitized by Google

spektiren hat. Die wesentliche Bestimmung dieser Staatsthätigkeit ist nicht, einem verletzten Privaten Genugthuung zu verschaffen, sondern vielmehr die höhere, die Substanz des Rechts aus ihrer Negation wiederherzustellen, welche Substanz aber für den konkreten Staat nur in der Erscheinung seines positiven, auf sein Gebiet beschränkten Rechts vorhanden ist. So gewiß daher der konkrete Staat alle auf seinem Gebiete begangenen Verbrechen vor sein Forum zu ziehen hat, so gewiß darf er dies mit keinem außerhalb desselben verübten thun, da er hiedurch in das Recht des betreffenden andern Staats eingreifen würde. Die Forderung des völkerrechtlichen Friedens ist hinlänglich dadurch gewahrt, daß ein Staat dem andern diejenigen Personen, welche auf dem Gebiete des letzteren delinquirt haben, ausliefert oder, falls es seine eigenen Bürger sind, deren Bestrafung im Namen des berechtigten Staats übernimmt. Letzteres (die Nichtauslieferung des Angehörigen) rechtfertigt sich nämlich dadurch, daß der Staat zu seinen Bürgern in einem ursprünglicheren Verhältnisse steht, als der auswärtige. Dabei muß aber stets das im konkreten Fall mildere Gesetz zur Anwendung kommen, — das auswärtige deßhalb, weil nur dieses das übertretene ist, das einheimische deshalb, weil der Staat durch die Anwendung eines härteren, als welches er selbst für gerecht hält, sein eigenes Rechtsbewußtsein verläugnen würde [1]).

Anm. — In dieser bis in's Einzelste hinaus bestrittenen Materie [2]) scheint der im Paragraphen aufgestellte Grundunterschied zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Rechte in der Regel ganz übersehen zu wer-

---

1) Ueber die Nichtverantwortlichkeit des Regenten und der Gesandten ist auf das Staats- und Völkerrecht zu verweisen.

2) Literatur bei Mittermaier Note 1. 2 zu Feuerbach §. 31, und Oppenheim System des Völkerrechts S. 384—387. Wirth System der Ethik II. S. 356—358.

Digitized by

den. Zwar ist die Uebertragung der schönen Idee des Weltbürgerrechts aus dem Privatrechte in das Strafrecht nach und nach in der Doktrin, wie in der Gesetzgebung, Mode geworden [1]). Allein die unendlichen Verwicklungen, welche diese, nicht gehörig überdachte, Verwechslung ganz verschiedener Dinge mit sich führt, zeigt hinlänglich, daß man damit auf einem Irrwege ist. Der Grundfehler liegt wohl in der herkömmlichen Ansicht, daß das Verbrechen wesentlich Rechtsverletzung einer berechtigten Person sei, wofür denn diese beim Staate Genugthuung zu suchen und zu erwarten habe [2]). Denn nur deshalb konnte man auch in das Gebiet des Strafrechts die Idee des kosmopolitischen Rechtsschutzes übertragen. Diese Idee hat eben nur für das Rechtsgebiet Geltung, wo die Person als solche Recht sucht und das Recht als ihr Interesse verwaltet wird, d. h. im bürgerlichen Rechte. Hier ist es allerdings vom modernen Staate zu fordern, daß er das Recht in weltbürgerlichem Sinne übe, daß er den Fremden gleich dem Einheimischen schütze und betreffenden Falls selbst nach auswärtigen Gesetzen entscheide [3]). Hier ist dies auch möglich, weil das bürgerliche Recht, soweit es eben nur die Interessen der Persönlichkeit betrifft, seiner Natur nach fähig ist, Weltrecht zu seyn, und deshalb in seinem Kerne von den Differenzen der Staatsbesonderheiten nur oberflächlich berührt wird, umgekehrt aber ebenso der specifische Staatsgeist gegen jenen Kern des Privatrechts sich gleichgiltig verhält. Aus diesem Grunde muß es allerdings im Kreise des bürgerlichen Rechts gleichviel seyn, ob ein vor den Richter gebrachtes Rechtsverhältniß im In- oder Auslande be-

1) Vgl. Hufnagel III. S. 629.
2) S. z. B. auch Wächter Wirt. Privatr. II. S. 110. Note 54.
3) S. darüber Wächter Archiv f. civilr. Praxis XXIV. XXV.

Digitized by Google

gründet wurde, ob Einheimische oder Fremde dabei betheiligt sind, ob es mit dem Auslande sonst in Beziehung steht oder nicht. Die Frage ist weiter nur, wie weit der Richter sich an sein Landesrecht zu halten und wie weit er das auswärtige anzuerkennen habe. Gewiß ist aber diejenige Ansicht die richtige, welche wenigstens den Richter im Zweifel an sein Landesrecht verweist und damit den Grundsatz der Territorialität in der Beziehung anerkennt, in welchem er in dieser Sphäre allein Geltung haben kann. Allein das, was um der Natur des Privatrechts willen im Kreise des bürgerlichen Rechts anzunehmen ist, kann eben deshalb nicht auch auf die staatsrechtliche Sphäre übergetragen werden, — wie denn schon in jenem Kreise anerkannt ist, daß leges cogentes, insbesondere solche, die sich auf politische und staatspolizeiliche, religiöse und sonstige der Besonderheit des Staats angehörige Rücksichten stützen, in dem besondern Staate unbedingt zur Anwendung zu bringen sind. Es folgt aber aus der Verschiedenheit beider Rechtskreise nicht nur etwa der Satz, daß im staatsrechtlichen unbedingt nur das einheimische, namentlich also nur das Strafgesetz des Landes, zur Anwendung zu bringen sei, sondern vielmehr auch dies, daß in dieser Sphäre jeder besondere Staat sich nur um das zu bekümmern hat, was in seinem Gebiete vorgeht. Dies ist freilich ein Satz, den weder die neuere Doktrin, noch die neuere Gesetzgebung gelten lassen will. Auch müßte er aufgegeben werden, sobald man sich dazu entschließen könnte, in der Strafrechtspflege das Untersuchungsprincip (das übrigens auch im englischen und französischen Processe zu Grunde liegt) [1]) aufzugeben und das reine,

1) S. meine Abh. in Weil konstit. Jahrbücher II. S. 43 ff. (1843.)

Digitized by Google

privatrechtliche Anklageprincip an die Stelle zu ſetzen, — was aber zu den Unmöglichkeiten gehört. So lang alſo das Verbrechen als eine die Subſtanz des Rechts negirende und darum vom Staat als ſolchem zu verfolgende Handlung gelten wird, ſo wird man wenigſtens aus dieſem Grunde, der allein triftig wäre, dem aufgeſtellten Satze nichts anhaben können. Man bringt aber allerdings, um die Abweichungen davon zu rechtfertigen, andre Gründe bei. Das zwar giebt man zu, daß nach den Strafgeſetzen eines beſtimmten Staats alle in ſeinem Gebiete begangenen Verbrechen zu richten ſeien, ſie mögen nun von In- oder Ausländern verübt ſeyn [1]). Inſoweit alſo erkennt man ihn an, und die Abweichung beſteht nur darin, daß man behauptet, der beſtimmte Staat habe auch gewiſſe im Auslande begangenen Verbrechen vor ſein Forum zu ziehen. Es ſollen nämlich 1) Inländer im Inlande auch wegen der von ihnen im Auslande begangenen Verbrechen ſtrafbar ſeyn, bald wegen aller, bald nur wegen einiger. Und zwar werden verſchiedene Beſchränkungen aufgeſtellt, indem z. B. Feuerbach [2]) diejenigen Verbrechen, welche gegen das Ausland oder ſeine Angehörigen begangen werden, Grolman [3]) dagegen die Polizeiverbrechen, Hefftter [4]) die Zuwiderhandlungen gegen nicht gemeinheitliche Verpflichtungen ausnimmt. 2) In einem, jedenfalls beſchränkten, Umfange ſollen es auch Ausländer hinſichtlich im Auslande begangener Verbrechen ſeyn.

1) S. Wächter I. §. 35. Note 84. 86 und die dort Angef. Zweifel wurden nur erhoben wegen Verbrechen, die vom Inlande aus am Auslande begangen werden. Eine ſinguläre Ausnahme bildet die Exterritorialität.

2) Lehrb. §. 31, ſ. jedoch §. 40. Note a.

3) Grundſätze §. 107.

4) Lehrb. §. 26. Note 2.

Digitized by Google

Ad 1) werden nun zweierlei Gründe angegeben. Zunächst für den Satz im Allgemeinen der, daß die einheimischen Strafgesetze den Unterthan als solchen verpflichten und diese Eigenschaft durch vorübergehende Ortsveränderung nicht aufgehoben werde [1]), wenigstens soweit sie die sogenannten Rechtsverbrechen, oder auch die gemeinheitlichen Verpflichtungen (d. h. die, deren Beobachtung unbedingt, ohne Rücksicht auf Ort und Person gefordert werde) betreffen. Sodann dafür, daß darunter auch Verbrechen gegen den auswärtigen Staat und dessen Bürger zu begreifen seien, der Grund, daß dies die Idee des völkerrechtlichen Rechtsschutzes verlange, was dann freilich wieder auf verschiedene Weise begründet wird [2]). Keiner von beiden ist jedoch stichhaltig. Davon kann allerdings nicht die Rede seyn, daß der Bürger eines bestimmten Staats diese seine Bürgerqualität durch den vorübergehenden Aufenthalt in einem auswärtigen Staatsgebiete verlöre. Wohl aber ist die daraus abgeleitete Folgerung erschlichen, daß er durch ein im Auslande begangenes Verbrechen die vaterländischen Gesetze übertrete. Dieselben verpflichten ihn auch im Auslande, sagt man. Auch das kann zugegeben werden, und gleichwohl bleibt es wahr, daß er sie im Auslande nicht übertreten kann. Denn aus demselben Grunde, aus welchem unser Staat die bei uns delinquirenden Ausländer als Uebertreter unsrer Strafgesetze in Anspruch nimmt, müssen wir auch unsre Bürger im Auslande als Uebertreter der ausländi-

1) Kleinschrod A. Arch. VII. S. 384. 385. Grolman a. a. O. Egger in v. Zeiller's jährl. Beitr. IV. nr. 3. Tittmann, die Strafrechtspflege in völkerr. Rücksicht S. 21.

2) Feuerbach §. 40. Note a. Motive zum wirt. Strafgesetzbuch S. 12.

Digitized by Google

ſchen Strafgeſetze gelten laſſen. Dieſer Grund kann aber kein andrer ſeyn, als der: daß in der Sphäre des öffentlichen Rechts jeder Staat zu den übrigen ſich als ausſchließende Individualität verhält und eben darum an ihnen dieſelbe Qualität anerkennen muß. Wenn z. B. ein Rittergutsbeſitzer in zweien Staaten angeſeſſen iſt, deren einer das Inſtitut der Patrimonialgerichtsbarkeit anerkennt, der andre nicht, ſo wird es dem erſten nicht einfallen, dem fraglichen Beſitzer die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in Beziehung auf ſeine ausländiſchen Güter zuzuſprechen. Ebenſowenig darf aber ein Staat in die Strafrechtspflege eines Andern eingreifen. Daß er die von ſeinen Unterthanen im Auslande (auch aus unerlaubten Handlungen) erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten anerkennt und vor ſeinen Gerichten verfolgen läßt, hat ſeinen Grund darin, daß der Stoff der bürgerlichen Rechtspflege eben nur das Recht als das Intereſſe der Privaten, und eben damit dieſelbe nicht an die Scholle des Staatsgebiets gebunden iſt. Die Strafrechtspflege dagegen hat es mit der Wiederherſtellung des Rechts um ſeiner ſelbſt willen, nicht zum Beſten eines Rechtſuchenden, zu thun. Deshalb kann hier keineswegs davon geſprochen werden, daß der Staat ſeine Bürger auch im Auslande zu ſchützen habe; denn die Strafe als ſolche (abgeſehen von der aus dem Verbrechen entſpringenden Schadenserſatzpflicht) iſt gar nicht als Genugthuung für den Verletzten zu betrachten [1]). Ebenſowenig aber darf der Staat ſeine Strafgeſetze als giltig für im Auslande verübte Verbrechen aus dem Grunde behaupten, weil ſeine Bürger denſelben überall verpflichtet bleiben; denn, wenn dieſe Bürger im Aus-

1) *Wens* de delictis a civ. extra civit. adm. p. 19—28.

Digitized by Google

lande delinquiren, so übertreten sie eben nur das Strafgesetz des fremden Staats; für das Inland existirt gar kein Verbrechen, da ein strafbares Verbrechen stets ein bestimmtes Strafgesetz voraussetzt, im Auslande aber nur das Strafgesetz des Auslandes besteht. Daß unser Staat dieselbe Handlung gleichfalls als Verbrechen ansieht und in seinen Gesetzen verpönt, macht nichts aus; sonst würde folgen, daß ein Baier, der in Baiern einen Baiern tödtet, hiefür in allen Staaten der gebildeten Welt bestraft werden könnte. Das Argument aus dem Unterthanenverhältniß aber ist für den modernen Staat um so weniger passend, als es das Verhältniß des Staats zu seinen Bürgern mit demjenigen identificirt, worin beim judicium domesticum der Hausvater zu den seiner Gewalt Unterworfenen steht. Wie wenig Fundament die ganze Behauptung hat, erhellt übrigens daraus, daß Mehrere sie auf verschiedene Weise sogleich wieder beschränken [1]), während doch der Grund derselben seiner Natur nach absolut ist. Aber freilich spricht die Natur der Sache dafür, daß man Handlungen gegen unsre Lokalpolizei, die ein Inländer im Auslande begeht, nicht nach unsern Gesetzen bestrafen kann. Um so gewisser ist es aber inkonsequent, den Satz, daß ein Inländer die Strafgesetze seines Landes in der ganzen übrigen Welt übertrete, bald auf Verbrechen gegen andre Bürger seines Landes, bald auf Rechtsverbrechen oder Uebertretungen gemeinheitlicher Verpflichtungen einzuschränken. — Was den andern Grund betrifft, so ist nach dem Obigen die Idee des völkerrechtlichen Rechtsschutzes, wie sie die Wirtemb. Motive geradezu aussprechen, hier ganz unanwendbar, weil die Strafrechtspflege nicht im Interesse

1) Feuerbach, Grolmann, Hefftter s. o.

Digitized by Google

der verletzten Personen ausgeübt wird. Aber auch der von Feuerbach gebrauchte Umweg, daß durch Verbrechen eines diesseitigen Bürgers gegen fremde Staaten und deren Angehörige der völkerrechtliche Friede gestört werde, und darum unser Staat ein indirektes Interesse habe, sie als Verbrechen gegen sich selbst zu behandeln, ist nur relativ richtig. Denn, wenn allerdings sowohl Recht als Klugheit von jedem Staate fordern, daß er die Begehung von Verbrechen gegen fremde Staaten und deren Angehörige von seinem Gebiete aus bei Strafe verbiete, so folgt daraus doch noch nicht, daß er sich um solche Verbrechen zu bekümmern brauche oder bekümmern müsse, wenn sie außerhalb seiner Grenzen begangen werden. Am weitesten geht aber Krug [1]), der alle Schwierigkeiten zusammen (auch hinsichtlich der im Auslande delinquirenden Ausländer) durch den kühnen Satz niederschlägt, daß die Beschränkung des Staats auf ein bestimmtes Territorium nur eine faktische Folge der irdischen Unvollkommenheit sei, die der Idee widerspreche, — woraus denn folgen würde, daß das Gericht jedes Staats sämmtliche, in der ganzen Welt begangenen Verbrechen zu bestrafen das Recht und die Pflicht hätte [2]). Man wird also vielmehr darauf bestehen müssen, daß der konkrete Staat seine Strafgesetze nur für Verbrechen zu geben habe, die auf seinem Gebiete begangen werden [3]). Auch kann man hier nicht einmal die Ausnahmen gelten lassen, welche Einige noch machen: wenn nämlich der Bürger gegen seinen einheimischen Staat ein

1) Krim. Jahrb. für Sachsen. I. S. 265 ff.
2) Hufnagel III. S. 629.
3) Schröter Hdbch. §. 46. Henke I. §. 90. Abegg über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen. S. 37—41. 45—50. Martin §. 26. Marezoll S. 59. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 31. Demme's Annalen VIII. S. 339 ff.

Digitized by Google

Verbrechen verübte, oder eine in seinem Lande übernommene, durch Strafgesetze geschützte Pflicht verletzte, oder wenn das im Auslande verübte Verbrechen auf eine im Inlande befindliche Person gerichtet war. Denn das unmittelbare Objekt des Verbrechers gehört nicht zu seinem Wesen, und es ist vielmehr völlig gleichgiltig, wo der Verletzte sich befindet. Nur das forum delicti commissi kann entscheiden; und, falls etwa ein fremder Staat Verbrechen, die in seinem Gebiete gegen den diesseitigen Staat oder seine Angehörigen begangen werden, gar nicht oder geringer strafen sollte, so berechtigt dies nur zu Retorsionsmaßregeln, nicht aber auch zu der unnatürlichen Bestimmung, daß im Auslande begangene Verbrechen als im Inlande verübt fingirt werden sollen. Wenn je eine Ausnahme zulässig seyn soll, so kann es nur die seyn [1]), daß der Inländer, der in fraudem legis ins Ausland geht, um dort Verbrechen zu verüben, im Vaterlande strafbar seyn soll [2]). — Der wahre Grund, warum unsre Gesetzgebungen die ausländischen Delikte der Inländer verpönen, ist doch wohl der praktische, daß die Auslieferung der Bürger an fremde Strafgerichte für unehrenhaft gilt. Allein diesen Grund kann man anerkennen und gleichwohl das richtige Princip festhalten, sobald nur der Staat bei Bestrafung solcher Bürger, die im Auslande delinquirt haben, sich bloß als Organ desjenigen Staats betrachtet und gerirt, dessen Strafgesetze übertreten sind. Daß er hiemit sein Rechtsbewußtsein so weit aufgeben müßte, um nach diesen fremden Gesetzen zu strafen, wie Feuerbach [3]) verlangt, folgt daraus keineswegs. Denn, indem er die

1) Mittermaier und Marezoll a. a. O. Henke I. S. 606.
2) AM. Wens l. c. p. 33.
3) Lehrb. §. 40. a. E.

Digitized by Google

Stelle des andern Staats vertritt, behält er seine Individualität. Wohl aber rechtfertigt es sich (s. den §. a. E.), stets das mildere Gesetz anzuwenden [1]). Uebrigens kann auch noch der Fall vorkommen, daß der eine Staat für Verbrechen erklärt, was im andern erlaubt ist. Für diesen dürfte die Bestimmung des Wirtemb. Gesetzbuchs Art. 3. Z. 1. nicht mit seinen kosmopolitischen Motiven harmoniren. Denn dort ist zwar gesagt, daß in Wirtemberg keine Strafe erfolgen soll für eine im Auslande begangene Handlung, die zwar nach Wirtembergischen Gesetzen, nicht aber nach denen des Auslands als Verbrechen gilt, — ein Satz, der eine richtige Konsequenz des oben aufgestellten Grundprincips bildet [2]). Wenn nun aber der Fall sich umgekehrt verhält, d. h. wenn die im fremden Staat begangene Handlung dort als Verbrechen gilt, nicht aber in Wirtemberg, so würden hier die völkerrechtlichen Motive offenbar darauf führen, daß der schuldige Inländer entweder auszuliefern oder in Wirtemberg nach dem fremden Gesetze zu bestrafen wäre. Dies erkennt das Gesetzbuch nicht an, und gewiß mit Recht, da diese Nichtanerkennung gleichfalls eine einfache Folgerung aus dem am Schluß des Paragraphen aufgestellten Grundsatze ist. Konsequenz ist aber in jenem Systeme nicht zu finden;

ad 2) wird wohl in der Regel wenigstens dies zugegeben, daß der konkrete Staat um Verbrechen, die im Auslande von Ausländern gegen fremde Staaten und deren Angehörige begangen werden, sich überall nicht

---

1) Vgl. Wirth System der Ethik. II. S. 358.

2) Daß er aber im Widerspruch mit dem Princip ist, wonach der bleibende Unterthan auch im Ausland in unmittelbarer Relation zu den Strafgesetzen des Inlands bleiben soll, ist klar. Hufnagel III. S. 629.

zu bekümmern habe [1]). Nur freilich iſt wieder ſchwer einzuſehen, wie dies mit der Grundanſicht ſich vereinigen laſſen ſoll, daß der konkrete Staat ſeiner Idee nach alle dem Inhalt ſeiner Strafgeſetze entgegengeſetzten Akte, ſie mögen vorfallen, wo ſie wollen, zu ſtrafen berechtigt ſei, oder auch mit der Anſicht, daß es wenigſtens um des völkerrechtlichen Friedens willen nöthig ſei, daß der Staat ſich auch um auswärts begangene Verbrechen bekümmere. Konſequenter iſt daher Grolman [2]), der dem Staate, wenigſtens in Beziehung auf alle Verbrechen, die nicht bloße Polizeivergehen ſind, jenes Recht ohne Schranken vindicirt. Allerdings aber muß von dem richtigen Princip aus die erſtere Behauptung vorgezogen und die Forderung des völkerrechtlichen Friedens mit dem Inſtitute der Auslieferung, gegen das hier keine Anſtände obwalten, abgefunden werden. Zwar hat man neuerdings wieder verſucht, eine Ausnahme hinſichtlich politiſcher Verbrecher aus dem Grunde zu rechtfertigen [3]), weil in dem einen Staate als Staatsverbrechen verpönt ſeyn könne, was in dem andern erlaubt ſei, Staatsverbrechen daher vom völkerrechtlichen Geſichtspunkte aus als beſondere erſcheinen. Allein es iſt klar, daß daraus folgen würde, daß der eine Staat auch die Begehung aller Verbrechen gegen fremde Staaten durch ſeine eigenen Bürger, ſei es von ſeinem eigenen oder dem Gebiete des fremden Staats aus, freigeben müßte, was doch geläugnet wird. Dieſer Widerſpruch kann aber nicht durch die Bemerkung entfernt werden, daß der Staat durch die Nichtbeſtrafung ſeines Glieds deſſen Schuld zu der ſeinigen machen würde, während er im

1) Tittmann a. a. O. S. 17. Wirt. GB. Art. 4.
2) Lehrb. §. 107.
3) Wirth a. a. O. II. S. 357. 368. Vgl. Abegg Lehrb. S. 96.

andern Falle keinen Antheil am Verbrechen nehme. Denn durch Schutz des fremden Verbrechers nimmt der Staat ebenso Antheil am Verbrechen, wie durch Nichtbestrafung des einheimischen. Es ist aber überdies sonderbar, den ersten Satz aus der vom völkerrechtlichen Gesichtspunkte sich ergebenden Besonderheit der Staatsverbrechen, und den entgegenstehenden aus der völkerrechtlichen Nothwendigkeit, daß ein Staat den andern schütze, abgeleitet zu sehen. Und nicht minder sonderbar ist es, wenn das eine Mal gesagt wird, einem Staate könne nicht zugemuthet werden, zur Bestrafung dessen mitzuwirken, was er für erlaubt, oder gar für Pflicht erkläre, andrerseits aber geradezu von ihm gefordert wird, daß er, wenn seine Bürger dies Raisonnement praktisch anwenden, sein Rechtsbewußtsein verläugnen und um des Völkerrechts willen, — das doch Staatsverbrechen für besondere erklärt — strafen solle. — Dagegen soll nun dem Staate die Bestrafung derjenigen Ausländer gestattet seyn [1]), welche vom Auslande aus gegen ihn selbst oder seine angehörigen Verbrechen begehen, — ein Strafrecht, das aber (bezeichnend genug) nur dadurch gerechtfertigt wird, daß man sagt, der Staat habe gegen solche Individuen eigentlich das für sie viel unangenehmere jus belli, sie müssen sich also noch höflich bei ihm bedanken, wenn er sie bloß strafe. (Dasselbe wird denn zuweilen auch in Beziehung auf Einheimische behauptet, die vom Auslande aus gegen das Inland Verbrechen begehen [2]). Mit Recht aber wird von andern Schriftstellern dieses höchst abenteuerliche Strafrecht verworfen, und vielmehr nur völker-

1) Tittmann a. a. O.
2) Im Resultate freilich richtig, aber nicht in der Begründung.

rechtliche Genugthuungsforderungen, resp. polizeiliche Sicherheitsmaßregeln gestattet [1]).

Als die falschen Extreme erscheinen im Allgemeinen: einerseits das gutmüthige Bestreben, einen kosmopolitischen Rechtsschutz (oft auf einem kleinen Territorium) zu verwirklichen, was zu widerrechtlichen Eingriffen in die Hoheit andrer Staaten führt, — andrerseits die engherzige Beschränkung auf nationalen Rechtsschutz, wodurch fremde Staaten gezwungen werden, sich ein Strafrecht beizulegen, das sie nur als Surrogat eines jus belli plausibel zu machen wissen. In beiden Fällen ist aber der Grundmangel die falsche Ansicht, als bestehe die Strafrechtspflege zum Schutze des Verletzten, während mit der Aufgebung dieses unrichtigen Princips auch das Bedürfniß der falschen [2]) Theorie, daß der Inländer überall in der Welt durch Verbrechen seine einheimischen Gesetze übertrete, um so mehr hinwegfiele, als es derselben zur Begründung der Nichtauslieferung der Inländer gar nicht bedarf.

§. 193.

Aus der Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat ergeben sich ferner b) die Grundsätze über die Dauer der Strafgesetze. Das positive Recht überhaupt, und damit auch das Recht in Beziehung auf Verbrechen, gehört der Sphäre der endlichen Erscheinung an und ist daher, als ein seiner Idee gegenüber unendlich Perfektibles, dem Processe des Entstehens und Vergehens unterworfen. Dieses Recht,

---

1) Feuerbach §. 31. Martin §. 26. Abegg Bestrafg. S. 50 ff. Hefftter N. Arch. XIV. S. 147. Lehrb. §. 26. not. 3. Marezoll. S. 60.

2) Sie ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch verwerflich, weil aus ihr die mildere Bestrafung des übertretenen milderen ausländischen Gesetzes nicht zu folgern ist.

das Strafgeſetz (im w. S.) hat alſo einen Anfang und ein Ende, d. h. ſeine einzelnen Beſtimmungen wechſeln, je nachdem die Quelle derſelben, die allgemeine Ueberzeugung und der allgemeine Wille, wechſelt; und es fragt ſich nun, von wann an das Strafgeſetz binde? und von wann an es zu binden aufhöre? Beide Fragen beantworten ſich einfach: 1) Ein Geſetz kann erſt von dem Augenblicke an praktiſch giltig ſeyn, wenn das ihm zu Grunde liegende allgemeine Wiſſen und Wollen in der ihm angemeſſenen Form der Allgemeinheit in die Exiſtenz getreten iſt, alſo das geſchriebene Geſetz mit der erfolgten Publikation, das ungeſchriebene dann, wenn aus der gleichförmigen Anwendung deſſelben die Feſtigkeit der zur Quelle dienenden allgemeinen Rechtsüberzeugung erhellt. 2) Dagegen hört es auf, giltig zu ſeyn, wenn ein verändertes allgemeines Wiſſen und Wollen in einer der eben gedachten Formen offenbar wird. Dieſe aus der Natur der Erſcheinung hervorgehende Qualität des poſitiven Rechts führt nun aber gerade im Gebiete des Strafrechts 3) zu einer eigenthümlichen Antinomie. Einerſeits nämlich iſt das Recht über Verbrechen, verſchieden vom bürgerlichen Rechte, ein gegen die Intereſſen der Perſon Indifferentes, an und für ſich Seiendes, das ſohin auch vom Augenblicke ſeines Exiſtentwerdens an abſolute Geltung verlangt. Andrerſeits iſt es ungerecht, ein neues Strafgeſetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach dem allgemeinen Wiſſen und Wollen dieſe Handlung entweder ganz als erlaubt oder doch als ein geringeres Delikt galt; und zwar aus dem doppelten Grunde, weil hier eine Strafe angewandt würde, wo es ganz oder relativ an der Tilgung einer Schuld fehlte, und weil eine objektive Genugthuung für eine Rechtsverletzung gefordert würde, die zur Zeit, da ſie vorgegangen ſeyn ſollte, gar nicht möglich war. Zwar ſcheint nun aus denſelben Gründen auch die

Nichtrückwirkung eines milderen Strafgesetzes zu folgen, weil im vorausgesetzten Fall sowohl eine Schuld zu tilgen wäre, als für ein seiner Zeit wirklich verletztes Recht Genugthuung gegeben würde. Allein, so gewiß der Verbrecher selbst sich nicht zu beklagen hätte, wenn noch jetzt das von ihm übertretene Gesetz auf ihn angewandt würde, um so gewisser würde der Staat ein Unrecht gegen sich selbst begehen, wenn er ein Recht noch wiederherstellen wollte, das er ganz oder relativ für ein solches nicht mehr erkennt. Die Antinomie löst sich mithin in dem Grundsatze, daß ein milderes Strafgesetz absolute Giltigkeit, ein härteres dagegen keine rückwirkende Kraft hat.

Anm. — 1) Obgleich im Strafrechte das Gewohnheitsrecht nur in der — gegenüber dem Privatrechte jedenfalls sehr beschränkten — Form des Gerichtsgebrauchs überhaupt denkbar ist [1]), so kehrt doch auch hier die allgemeine Streitfrage wieder, ob die allgemeine Rechtsüberzeugung an sich schon das Recht und die Gewohnheit nur der Erkenntnißgrund seines Bestehens [2]), oder ob die gemeinschaftliche Rechtsüberzeugung nur insofern Entstehungsgrund einer Rechtsnorm sei, als dieselbe in einer Gewohnheit sich äußere, wornach dann die Gewohnheit nicht blos als Erkenntnißgrund, sondern als die wesentliche Entstehungsform des Gewohnheitsrechts prädicirt werden müsse [3]). Bedenkt man, daß der allgemeine Inhalt nur in der ihm angemessenen Form der Allgemeinheit als solcher existiren, daher auch ein

---

1) Schröter Hdbuch. S. 61. Grolmann §. 128. Wächter I. S. 12.

2) Savigny System I. S. 35 ff. 82. 146. ff. 177 ff. Puchta Gew. Recht I. S. 180 ff. II. S. 5 ff. 254 ff. Luden Hdb. I. S. 134.

3) Mühlenbruch Pand. Recht §. 38. n. 3. Kierulff Civil-R. I. S. 9. Wächter Wirt. Priv. R. II. S. 34. not. 9.

Digitized by Google

allgemeines Wiſſen und Wollen, eine Rechtsüberzeugung, nur dann erſt als ſolche gelten kann, wenn ſie ſich als ſolche ausſpricht, zu ihrer praktiſchen Exiſtenz mithin die Ausübung weſentlich gehört, und nur durch dieſe zu der einen weſentlichen Bedingung (der Allgemeinheit des Inhalts) die andre weſentliche Bedingung (die Allgemeinheit der Form) hinzutritt, — ſo muß man ohne Zweifel der zweiten Anſicht den Vorzug geben. Der Gültigkeitsgrund des Gewohnheits-Rechts liegt daher allerdings in der allgemeinen Rechtsüberzeugung; aber zur rechtlichen Norm wird es erſt durch die gleichförmig fortgeſetzte Uebung, aus welcher das Bewußtſein der Nothwendigkeit ſeiner Ausübung als ein allgemein vorhandenes erhellt [1]). Ebendaher iſt ein aus doktrinellen Geiſtesoperationen hervorgegangener Gerichtsgebrauch, der eben nur doktrinelle Autorität hat, ſehr wohl zu unterſcheiden von einem ſolchen, der ſich als Träger eines wahren Gewohnheitsrechts ausweist und dem allerdings Geſetzeskraft zukommt [2]). — Daß ein geſchriebenes Geſetz erſt mit erfolgter Publikation in Wirkſamkeit trete, nicht etwa für den um daſſelbe wiſſenden auch ſchon vorher (wie Quiſtorp und ſpäter noch Oerſted behauptet hatte), iſt jetzt wohl allgemein anerkannt [3]).

2) Ueber die hier einſchlagende Streitfrage, ob ein geſchriebenes Geſetz auch durch Gewohnheisrecht aufgehoben werden könne? ſ. Anm. zu §. 177.

3) In Bezug auf die Rückwirkung der Geſetze iſt

---

1) Wächter a. a. O. vgl. Luden I. S. 135. Puchta II. S. 11. 242. 257. Mühlenbruch §. 38. nr. 1. 2.

2) Wächter a. a. O. S. 41—44. Gem. Recht Deutſchl. S. 111—116. Puchta I. S. 164 ff. II. S. 16 ff. Jordan Civil. Arch. VIII. S. 239 ff. Savigny Syſtem I. S. 149. 173.

3) Hefftter §. 21. n. 1.

hier die Frage eben nur auf die ſtrafrechtlichen Beſtimmungen im e. S. beſchränkt worden. Der oben aufgeſtellte Grundſatz iſt wohl als communis opinio zu bezeichnen [1]). Nur wird theils die Antinomie, deren Löſung er bildet, in der Regel nicht ſcharf hervorgehoben, theils die Fälle der Anwendung nicht immer vollſtändig und richtig bezeichnet.

§. 194.

c) Endlich ergeben ſich aus der weſentlichen Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat die Grundſätze über die Anwendung des Strafgeſetzes. Zunächſt verſteht ſich von ſelbſt, daß die vorhandenen Strafgeſetze (ſie ſtellen ſich nun als förmliche Geſetze oder als Gewohnheitsrecht dar) in dem Sinne angewandt werden müſſen, in welchem ſie gegeben ſind, zu welchem Behufe es denn bei ihnen, wie bei allen andern Theilen des poſitiven Rechts, der gehörigen Auslegung bedarf. Von der Thätigkeit der Interpretation wohl zu unterſcheiden iſt aber die Anwendung des richtig ausgelegten Geſetzes auf ſolche Fälle, für welche eine poſitive Feſtſetzung fehlt. Hier folgt nun aus dem gedachten Momente, daß ſolche Fälle nur nach der Analogie eines beſtimmten Geſetzes, wo ein ſolches vorhanden iſt, und wo es daran fehlt, nur aus dem Geiſte des geſammten poſitiven Strafrechts zu entſcheiden ſind.

Anm. — Da die Grundſätze über die (authentiſche und doktrinelle) Auslegung der Strafgeſetze nichts Beſonderes an ſich haben, ſo kann hier füglich darüber hinweggegangen und auf die erſchöpfenden Darſtellungen Anderer [2]) — namentlich auch hinſichtlich der erſt neuer-

---

1) S. Wächter I. S. 58. 59, und Mittermaier not. 2 zu Feuerbach §. 74 u. die dort Angef., beſonders die Schrift von Zachariä.

2) Literatur bei Wächter I. §. 39. Mittermaier zu Feuerbach

dings vielbeſprochenen Frage über die Auslegung konſtitutioneller Geſetze [1]) verwieſen werden. — Anders verhält es ſich mit der Frage nach der analogiſchen Anwendung der Geſetze, ſofern hie und da behauptet wird, daß dieſe im Gebiete des Strafrechts ausgeſchloſſen ſei. Insbeſondere ſucht Luden [2]) auszuführen, daß eine ſolche Lücke, welche durch Analogie ausgefüllt werden müßte, im Strafrechte gar nicht vorkommen könne. Alle Strafgeſetze können nämlich nur die beiden Fragen betreffen: ob eine Handlung überhaupt beſtraft — und in welchem Maße dieſelbe beſtraft werden ſolle. In erſterer Beziehung nun aber könne auch nicht einmal ſcheinbar eine Lücke vorkommen; denn in der Uebergehung einer Handlung durch den Geſetzgeber liege ſtets deſſen Erklärung, daß dieſe Handlung ſtraflos ſeyn ſolle. Hinſichtlich der andern Frage könne aber gleichfalls keine Lücke vorkommen, die durch Analogie ausgefüllt werden müßte, da hier ſtets der Geſetzgeber etwas Beſtimmtes gewollt haben müſſe, was er nur unbeſtimmt gelaſſen habe, und was nun nur mittelſt der gewöhnlichen Auslegungsregeln deutlich herauszulegen ſei. Allein zuvörderſt iſt es willkührlich, die Analogie eben nur auf dieſe beiden Fälle einzuſchränken, da es doch im Strafrechte außer den genannten Punkten (Straffall und Strafmaß) eine ganze Menge andrer wichtigen Punkte gibt, welche durch das Geſetz unentſchieden gelaſſen ſeyn können, und welche gleichwohl im vorkommenden Falle entſchieden

---

§. 75. a. und die not. a—d. Angef. Luden Hdbuch. I. §. 10. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 133—159.

1) Mohl N. Arch. 1842. S. 214 ff. 340 ff. und die dort Angef.

2) Handb. I. §. 11. vgl. Mittermaier a. a. O. Literatur ſ. bei Wächter I. §. 40. 41. Mittermaier a. a. O. not. 4 e—m.

werden müſſen [1]). Dieſem Einwurfe ſucht zwar Luden dadurch zu entgehen, daß er behauptet, hier reiche die Auslegung aus, da es ſich nur davon handle, von Grundſätzen, die etwa der Geſetzgeber nur bei dem einen oder andern Falle ausgeſprochen habe, eine allgemeinere Anwendung aus dem Grunde zu machen, weil keine beſonderen Gründe vorhanden ſeien, dieſe Anwendung auszuſchließen. Dieſe Replik iſt aber weder erſchöpfend, noch richtig. Letzteres nicht, weil dieſe Operation offenbar über den Begriff der Auslegung hinausgeht. Erſteres nicht, weil bei geſetzlich unentſchiedenen Punkten keineswegs immer ein ſolcher Grundſatz zu Gebot ſteht, der eben nur generaliſirt werden dürfte. Sodann aber meint Luden, es dürfe ein Strafgeſetz allerdings auch auf ſolche Fälle angewandt werden, welche das Geſetz nicht genannt habe; aber nur dann, wenn der Geſetzgeber dieſe Fälle wirklich gemeint und nur ſeine Willensmeinung zu eng ausgedrückt habe. Dies ſei aber nicht Analogie, ſondern ausdehnende Auslegung, und es ſei ein großer Fehler, daß beides oft verwechſelt werde. — Allein dieſer Verwechslung macht, wie angef., Luden ſelbſt ſich ſchuldig, wenn er nur von Auslegung ſpricht, wo es ſich davon handelt, nicht etwa nur den Sinn einer gewiſſen Beſtimmung zu erforſchen, ſondern die Frage zu beantworten, ob eine ſolche Beſtimmung auch bei ſolchen Punkten, wo das Geſetz kein Wort darüber ſagt, deshalb zur Anwendung kommen ſoll, weil hier eine gleiche ratio legis obwaltet, wie in dem Fall, für welchen das Geſetz die Beſtimmung gegeben hat. Hier findet eben nichts Anderes, als Geſetzesanalogie, ſtatt [2]);

1) Wächter I. §. 41. not. 94.

2) Allerdings kann auch eine ſolche geſetzliche Beſtimmung als all-

Digitized by Google

giebt man aber dieſe Weiſe, Lücken auszufüllen, zu, ſo muß man, wie dies auch Luden S. 151 in der Note richtig einräumt, als weitere Konſequenz die Rechtsanalogie gleichfalls zugeben. Und nur darüber kann noch die Frage ſeyn, ob dieſe Weiſen, Lücken auszufüllen, auch geſtattet ſeyn ſollen mit dem Erfolg, daß Handlungen für Verbrechen angeſehen werden dürften, die im Geſetz nicht dafür erklärt ſind? Dies läugnet Luden, indem er zugleich die ausdehnende Auslegung zuläßt. Allein, da er unter den Begriff der letzteren auch noch dies ſubſumirt, wenn (wie es im Braunſchw. G.B. heißt) ein nicht genannter Fall deshalb für ſtrafbar erklärt wird, weil er nach dem Grunde eines beſtimmten Geſetzes darin enthalten erſcheint, ſo rechnet er eben zur ausdehnenden Auslegung das, was in Wahrheit analogiſche Anwendung und deshalb auch von der Braunſchweig. Regierung mit vollem Rechte ſo genannt worden iſt. Die Verwechslung beider Begriffe iſt aber nicht nur theoretiſch, ſondern auch praktiſch vom Uebel [1]), insbeſondere deshalb, weil ſie eben das herbeiführt, was Luden vermeiden will. Dagegen dient gerade das Auseinanderhalten beider Begriffe im Gegentheil dazu, dem richterlichen Ermeſſen heilſame Schranken zu ſetzen, indem hier der Richter abſolut gehindert wird, Sinn und Grund eines Geſetzes für identiſch zu nehmen und ſomit wegen gleicher ratio unbedingt zu ſtrafen, unter dem Vorwande, daß dies der richtig verſtandene Wille des Geſetzes ſelbſt ſei; während es ſich dann von ſelbſt

---

gemein geltender Rechts-Grundſatz ausdrücklich oder ſtillſchweigend im Geſetze vorliegen, in welchem Falle dann freilich keine analogiſche, ſondern einfach eine Anwendung des Allgemeinen auf das Beſondre eintritt. Hufnagel III. S. 4. 5.

1) Vgl. Wächter Wirt. Privat-R. II. S. 54. not. 2. u. S. 141. 142.

verſteht, daß er, wenn ihm ex ratione legis bloß analogiſche Anwendung erlaubt iſt, mit weit mehr Vorſicht zu verfahren hat. Indem nun Luden die beſtrittene Analogie unter andrem Titel ſelbſt zugiebt, ſo braucht auf ſeinen, aus der Natur der Strafgeſetzgebung hergenommenen, Grund zur Beſtreitung der Analogie nicht beſonders eingegangen zu werden. Dagegen kann dieſer allerdings behufs der Frage aufgegriffen werden, ob nicht eine mit der Abſicht der Vollſtändigkeit gegebene Geſetzgebung über Verbrechen gut daran thue, ausdrücklich alle analogiſche Anwendung auszuſchließen? dieſe Frage wird allerdings bejaht werden müſſen, ſofern man das Verbot nur eben auf die Fälle einſchränkt, wo wegen Gleichheit des Grundes Handlungen, die auch durch Extenſivinterpretation nicht in dem Geſetze gefunden werden können, als Verbrechen ſollten behandelt werden [1]). Denn ſo zweckmäßig es iſt, hier den Richter ſtreng an das Geſetz zu binden, ſo unzweckmäßig wäre es, ihm die Ausfüllung anderweitiger möglicher Lücken durch Analogie zu unterſagen, da es für derlei unentſchiedene Punkte immerhin an einer unmittelbaren ratio decidendi [2]) im Geſetze ſelbſt fehlen kann. Jenes aber iſt zweckmäßig, weil es des Geſetzgebers unwürdig iſt, den Richter zum Kritiker ſeiner rationes zu machen, vielmehr, wenn ſich wirklich eine Lücke zeigt, es ihm ſelbſt geziemt, ſeinem Grunde für den zuvor unbeachtet gebliebenen Fall Folge zu geben. Die Beſtimmungen des Sächſ. oder Wirtemb. G.Bs. dürften mithin hier der des Braunſchw. vorzuziehen, in jedem Falle aber

1) Hufnagel a. a. O. glaubt, dies allein ſei überhaupt Geſetzesanalogie, aber mit Unrecht.

2) S. darüber Wächter Wirt. Privat-R. II. S. 57.

Digitized by Google

die Luden'ſche Definition der ausdehnenden Auslegung, welche die Analogie mit enthält, zu verwerfen ſeyn.

3) Die korrektive Strafgerechtigkeit.

§. 195.

Als formelle Totalität des objektiv ſittlichen Geiſtes ſetzt der Staat innerhalb ſeiner auch alle andern ſittlichen Sphären, ſoweit ſie den Boden der objektiven Exiſtenz betreten, ohne gleichwohl in ihm ihr Princip zu haben und eigenthümliche Produkte ſeines (des objektiv ſittlichen) Geiſtes zu ſeyn. Dieſe ſittlichen Kreiſe — Familie, Kirche und Schule — haben eben hiernach ein doppeltes Verhältniß zur Strafrechtspflege. Einerſeits nämlich werden ſie eben durch ihr Hervortreten in die Objektivität ſelbſt zu Gliedern des Rechtsorganismus und eben deshalb auch fähig, in größerem oder geringerem Umfange Objekte von eigentlichen Verbrechen zu werden, gegen welche das Recht wiederherzuſtellen, Sache des Staats iſt. Andrerſeits aber bleiben ſie gleichwohl Organe einer weſentlich vom Rechtsleben unterſchiedenen Potenz des ſittlichen Geiſtes, und, ſowie hieraus überhaupt für ſie die Nothwendigkeit einer von den ſpecifiſchen Staatszweigen verſchiedenen Organiſation folgt, ſo muß ihnen auch für alle diejenigen Fälle objektiver Negation des ſittlichen Geiſtes, zu deren Tilgung die Strafrechtspflege des Staats ſich als unangemeſſen erweist, ein Analogon dieſer, eine korrektive Strafgerechtigkeit zuerkannt werden.

§. 196.

Das Verbrechen, deſſen Wiederaufhebung Sache der Staatsrechtspflege iſt, hat ſich als ſchuldvolle Handlung eines das Recht als Recht verletzenden Subjekts beſtimmt. Darin liegt die Vorausſetzung: theils eines wirklichen Rechts als Objekts der Verletzung, theils eines zu einer ſolchen Verletzung reifen Subjekts, theils — was mit beiden Momenten genau zu-

ſammenhängt, der Möglichkeit, die Verletzung in der Form der objektiven Genugthuung zu tilgen (ſ. den nächſten Abſchnitt). In dieſen drei Beziehungen kann es nun an der Vorausſetzung der Strafrechtspflege des Staates fehlen, und eben da tritt dann ergänzend die korrektive Gerechtigkeit jener andern ſittlichen Kreiſe ein. a) So gewiß jede von einem Mündigen verſchuldete Verletzung eines wirklichen Rechts nur vom Staate wieder aufzuheben iſt (und zwar auch ſolche, die den fraglichen ſittlichen Kreiſen angehören, z. B. Ehebruch, Religionsfriedensbruch ꝛc.), ſo gewiß giebt es auch die Sittlichkeit verletzende Handlungen, welche nicht unter die Kategorie des Verbrechens fallen. Von dieſen iſt nun zwar eine ganze Klaſſe gleichfalls wieder einer ſpecifiſchen Staatsthätigkeit, der Sittenpolizei, zur Verhütung und reſp. Wiederaufhebung zu vindiciren, diejenigen nämlich, welche nach Form oder Weſen, oder nach beiden Beziehungen zugleich aus dem Kreiſe des Einzellebens heraustreten und in das Gebiet der Oeffentlichkeit übergehen [1]). Gerade nun aber, ſofern ein ſolches Sichpreisgeben der Immoralität an die Geſellſchaft nicht ſtattfindet, dieſelbe vielmehr vor dem Auge des objektiv ſittlichen Geiſtes ſich verbirgt und nur in engerem Kreiſe offenbar wird, da muß die Disciplin der das Subjekt als ſolches ergreifenden ſittlichen Macht, — der Kirche, eintreten. Wenn aber dieſe Zucht, wie die Rechtspflege des Staats, den mündigen Menſchen vorausſetzt, ſo tritt eine ähnliche Unangemeſſenheit der Staatsrechtspflege b) hinſichtlich aller wirklich rechtsverletzenden Handlungen ein, welche von noch nicht mündigen, überhaupt von ſolchen Individuen begangen werden, die der kriminellen Verantwortlichkeit nicht fähig ſind, ſei es, daß ſie ſich im Stadium der erſt werdenden

1) Wirth Syſtem der Ethik II. S. 251 — 254. Mohl Polizeiwiſſenſchaft I. S. 552 — 560.

Digitized by Google

Freiheit befinden, wie Kinder, Taubſtumme, nicht ganz zurechnungsloſe Blödſinnige ꝛc., oder daß die Freiheit bei ihnen durch Krankheit in einer ſolchen Weiſe wieder aufgehoben ward, daß ſie zwar relativ als frei, dabei aber doch als partiell von der Macht des Naturkauſalismus Beherrſchte gelten müſſen, wie die partiell Wahnſinnigen ꝛc. (§. 179.) Hier tritt ergänzend die Zucht der Familie und der Schule (worunter auch die ihrem Zweck gemäß organiſirten Irrenheilanſtalten, ſowie die noch ſehr zu vermiſſenden Beſſerungshäuſer für jugendliche Verbrecher zu begreifen ſind) ein. Beide Arten von Zucht haben c) das Eigenthümliche an ſich, daß entweder aus dem Weſen der aufzuhebenden Negation des ſittlichen Geiſtes, oder aus der Beſchaffenheit des handelnden Subjekts die Forderung einer von dem vorherrſchend durch das Princip der objektiven Genugthuung beherrſchten Weſen der öffentlichen Strafrechtspflege verſchiedenen Weiſe der Wiederaufhebung hervorgeht. Vielmehr verlangt der immoraliſche Gehalt der unter die Kirchenzucht fallenden Handlung ebenſo, wie die relative Unfähigkeit zur freien Selbſtbeſtimmung in dem andern Fall, eine vorherrſchend ſubjektive Weiſe der Tilgung der Schuld, deren letztes Princip daher (ſ. §. 164.) das der Beſſerung ſeyn muß.

Anm. — Ueber die häusliche und Schulzucht ſ. Anm. zu §. 179, wo, in weſentlicher Uebereinſtimmung mit Heffter, der entſcheidende Grund, warum jugendliche und ihnen ähnliche Verbrecher von der öffentlichen Strafrechtspflege zu eximiren ſind, ſich ausführlicher angegeben findet. Abegg [1]) legt das Gewicht auf ein andres Moment, nämlich auf die Nothwendigkeit für den Staat, in gewiſſem Umfange das ſittliche Recht der Familie anzuerkennen. Allein, ſo wahr es iſt, daß der Staat

1) In der ſchätzenswerthen Abh. in Demme's Annalen II. S. 1 ff.

das eigenthümliche sittliche Princip der Familie (und zwar noch in tieferer Weise, als es auf der Grundlage von Hegel's Rechtsphilosophie gesagt werden kann) achten muß und sich keine Eingriffe darein erlauben darf, so ist doch wohl gerade die vorliegende Frage nicht geeignet, diesen Gesichtspunkt als den hauptsächlichen hervortreten zu lassen. Denn das Recht der Erziehung, wovon hier allein die Rede seyn kann, bliebe vollkommen gewahrt, wenn gleich der Staat verbrecherische Handlungen jugendlicher Subjekte, wodurch diese eben die Schwelle des Familienheiligthums überschreiten und sich dem öffentlichen Leben der Gesellschaft preisgeben, vor sein Forum zöge. Das Recht hiezu dem Staat deshalb abzusprechen, weil er dadurch ein Recht der Familie verletzte, dürfte sehr schwer fallen, wie denn auch die Behauptung ohne Beweis geblieben ist. Ferner aber sind ja in gleicher Lage mit jugendlichen Familienmitgliedern auch familienlose jugendliche Uebertreter, Taubstumme, Dumme, partiell Verrückte u. dgl., bei denen allen dasselbe Bedürfniß der Exemtion von der eigentlichen Strafrechtspflege obwaltet, ohne aus einem sittlichen Rechte der Familie deducirt werden zu können. In der Sache stimmt aber freilich Abegg mit der obigen Ausführung überein, aus welcher dann als Konsequenz andrerseits wieder allerdings eine Huldigung vor dem sittlichen Princip der Familie hervorgeht, nur daß dabei von keinem specifischen Rechte die Rede seyn kann, das der Familie als solcher, und das ihr gar ausschließlich zustände. Der wahre Grund liegt in der Willensunreife der fraglichen Verbrecher, welchen keine subjektive Gesetzesübertretung und eben damit keine kriminelle Schuld imputirt werden kann. Aus diesem Grunde kann gegen sie keine objektive Genugthuung stattfinden, wie sie

Digitized by

(ſ. den nächſten Abſchnitt) den typiſchen Charakter der Strafe ausmacht, da deren Vollzug die ausgebildete, der Erziehung entwachſene Freiheit des Subjekts vorausſetzt, wie denn der Staat in ſeiner ſpecifiſchen Sphäre es überall nur mit dem mündigen Menſchen zu thun hat. Gerade, weil der Staat bei ſeiner Reaktion gegen das Verbrechen das Subjekt in ſeiner Freiheit reſpektiren muß, und darum zwar der Strafe eine Richtung auf deſſen Beſſerung geben, nie aber dieſe zum Princip derſelben machen darf, worin eine unerträgliche Bevormundung läge (ſ. §. 164. 165.) [1]), gerade deshalb muß er ſolche Individuen, bei denen er einer allgemeinen Norm gemäß und in Folge beſonderer Umſtände (krankhafter Naturanlage ꝛc.) eine völlig freie Selbſtbeſtimmung nicht annehmen kann, von ſeinem Forum zurück und an ein ſolches Forum weiſen, welches eben diejenige Seite am Menſchen zu ergreifen geeignet iſt, die dem Staate unzugänglich bleiben muß. Bei ſolchen Individuen muß das Princip der objektiven Genugthuung, dem ſie noch nicht gewachſen ſind, zurücktreten gegen das ſubjektive Princip der Erziehung oder Wiedererziehung zur Freiheit. Es bleibt zwar im letzteren auch noch erhalten, ſofern eine ſolche Erziehung eine Züchtigung (Strafe im weitern Sinne) zum Mittel hat, aber es bildet nicht mehr den weſentlichen Geſichtspunkt, als welcher vielmehr die Beſſerung (die Zurückdrängung der natürlichen Triebe, Affekte ꝛc., und die Aktualiſirung des Vernunftwillens) hervortritt, daher denn auch Größe und Dauer der Strafe ſich hier nicht nach dem Maß der objektiven That, ſondern darnach richtet, ob die Beſſerung erfolgt oder nicht. Als diejenigen Mächte nun, welche das

1) Vgl. Wirth, Syſtem der Ethik I. S. 121—123.

Digitized by Google

Subjekt in ſeiner Totalität zu ergreifen geeignet und berufen ſind, erſcheinen die Familie und Schule in Beziehung auf die geiſtig Unmündigen, die Kirche in Beziehung auf die geiſtig Mündigen. — Daß hier mit der Forderung der Kirchenzucht in keinerlei Weiſe eine Uebertragung weltlicher Strafgerichtsbarkeit auf die Kirche gemeint ſei, dagegen enthält der Paragraph die nöthige Verwahrung. Vielmehr ſtimmen wir ganz mit Richter [1]) überein, wenn er ſagt: daß er das Geſchrei nach ſofortiger Einführung einer ſtrengen Kirchenzucht nicht billigen könne, daß er aber die Handhabung der Zucht, nicht durch die alte Kirchenbuße, ſondern durch Ermahnungen, Warnungen, Ausſchließung vom heiligen Abendmahl (alſo durch ſubjektive Mittel) der Beſtimmung der Kirche vollkommen entſprechend finde.

Zweiter Abſchnitt.

Die Strafe.

§. 197.

Nachdem das Verbrechen ſich (§. 166) als verbrecheriſche Handlung, d. h. als die das objektiv im Geſetz ausgedrückte Recht als Recht verletzende, ſchuldvolle Handlung eines freien Subjekts beſtimmt hat, ſo muß nun auch die Wiederaufhebung deſſelben eine neue Beſtimmtheit annehmen. Sie muß Beides in ſich enthalten, die objektive Negation des objektiv hervorgetretenen, und die Tilgung des in der ſubjektiven Schuld ſich vorfindenden Unrechts. Die vermittelte Einheit beider Momente macht das Weſen der Strafe

---

1) Kirchenrecht §. 214.

aus, welche der gesetzwidrigen Handlung als die vom Staate ausgehende Manifestation ihrer Nichtigkeit entgegensteht. Aus diesen Momenten ergiebt sich nun 1) der Begriff der Strafe überhaupt, 2) die möglichen Zwecke derselben, 3) das Princip der vom Staat ausgehenden Strafe.

Anm. — Zu den hauptsächlichsten Mängeln der von Hegel gegebenen Darstellung des Strafrechts gehört die Zerreißung der dasselbe konstituirenden wesentlichen Momente, deren einige im abstrakten Rechte, andre bei der bürgerlichen Gesellschaft abgehandelt werden, wobei dann gerade die Hauptsache, die subjektive Seite am Verbrechen und der große Reichthum der hieraus fließenden Bestimmungen in die Brüche fällt. Eben hieraus erklärt sich auch die unverdiente Geringschätzung, womit Hegel sämmtliche relativen Theorieen in Bausch und Bogen verwirft, was indessen freilich auch wieder in seiner geschichtlichen Stellung gegenüber dem subjektiven Idealismus überhaupt seine Entschuldigung findet. Jedenfalls aber hat er seiner Deduktion des Strafrechts dadurch geschadet, daß er es erst ganz unter den abstrakt rechtlichen Gesichtspunkt stellt und hiebei Behauptungen vorbringt, denen er selbst nachher widerspricht, sofort aber dasselbe unter dem Gesichtspunkt der konkreten Sittlichkeit wieder aufnimmt, ohne sich klar zu machen, daß dies nicht geschehen durfte, wenn nicht erst dem abstrakten Recht des Verbrechens gegenüber seine Moralität in ihrem guten Rechte anerkannt war. Insbesondre ist dadurch der Begriff der Strafe um ein wesentliches Stück seines Inhalts gekommen, was sich nirgends deutlicher zeigt, als in der unspekulativen Rechtfertigung der Todesstrafe [1]). — Der Beweis dieser kritischen Bemerkung

1) S. die Recension von G. Julius in der Hall. A. L. Ztg. August 1844. nr. 211—215.

Digitized by Google

liegt übrigens in der bisherigen Darstellung, zugleich aber freilich auch der Beweis dafür, daß nicht das Fundament, sondern nur die Durchführung des Princips bei Hegel gegründeter Anfechtung unterliegt.

1. Der Begriff der Strafe.

§. 198.

Die Strafe enthält a) die objektive Wiederherstellung des Rechts aus seiner Negation mittelst einer dem Werthe nach gleichen Negation des rechtsverletzenden Willens. (§. 6). Dies macht ihre abstrakte Gerechtigkeit aus, durch welche sich der Strafzwang ebensosehr rechtfertigt, als der Entschädigungszwang. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in sich Nichtige, auch wirklich als solches aufgewiesen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wiederaufgehoben werde, und zwar durch einen ihm gleichen Zwang, weil die zweite Negation allein durch die erste gesetzt und nichts Andres ist, als die Selbstdarstellung ihrer Nichtigkeit. Gegenüber dem bürgerlichen Unrechte wird diese Forderung erfüllt durch den Entschädigungszwang. Denn der Gegenstand der Verletzung ist hier nicht die Substanz des Rechts, der allgemeine Wille in dem Objekte derselben, sondern nur die rechtliche Beziehung dieses Objekts auf einen besondern Willen; daher ist auch die Rechtsverletzung hier nur objektiv, nicht im Bewußtsein des Verletzenden vorhanden. Zur Wiederherstellung des Rechts aus solcher Negation ist daher nichts weiter erforderlich, als daß die rechtliche Beziehung der Sache auf den besondern Willen, dem sie gehört, unmittelbar oder mittelbar (in der Restitution des Werths) ausgesprochen und vollzogen wird. Denn das Unrecht lag nur darin, daß der Wille sich ohne Berechtigung in die Sache legte und deren rechtliche Beziehung auf einen fremden Willen

Digitized by Google

verneinte. Dieſes Unrecht iſt aber völlig gut gemacht, wenn ihm eben die Unrichtigkeit dieſer Verneinung aufgewieſen, d. h. wenn er gezwungen wird, die rechtliche Beziehung des fremden Willens auf die Sache anzuerkennen, indem er ſie oder ihren Werth reſtituiren muß. Dagegen kann dieſer Zwang gegen das Verbrechen nicht ausreichen, in welchem gerade die Subſtanz des Rechts, der allgemeine Wille in dem Objekte der Verletzung verneint wird. Dieſe Verneinung kann durch die etwa mögliche Reſtitution der äußerlichen Sache oder ihres Werths nicht wieder aufgehoben werden, da ſie weit über dieſe hinausgeht, und in vielen Fällen eine ſolche Entſchädigung unmöglich iſt. Ebendaher fällt auch hier die Nothwendigkeit der Entſchädigung des verletzten beſondern Willens hinweg, weil nicht deſſen Beziehung auf das Objekt der Verletzung, ſondern der ſubſtantielle Wille darin den Gegenſtand des Angriffs ausmacht [1]). Zwar muß der Entſchädigungszwang, ſobald ſeine Bedingungen gegeben ſind, neben dem Strafzwange hergehen. Aber dann betrifft er eben nicht das, was das Specifiſche des Verbrechens ausmacht, und wogegen ebendeshalb noch ein weiterer Zwang nothwendig iſt. Das ſpecifiſche Unrecht des Verbrechens beſteht vielmehr einzig in der Verneinung des allgemeinen Willens durch den verletzenden beſondern Willen, und nur dieſe Verneinung kann hier den Gegenſtand der Wiederaufhebung bilden. Fragt man aber, worin die in dieſer Verneinung enthaltene Verletzung ihre poſitive Exiſtenz habe, ſo ergiebt ſich, daß ſie ſolche nicht in der Subſtanz des Willens ſelbſt haben kann, welche vielmehr das Unverletzliche, über alle Verneinung Erhabene iſt. Sie kann mithin nur in dem Willen des Verbrechers ſelbſt zu ſuchen ſeyn, der folglich,

1) Dies ſcheint G. Julius in der angef. Rec. wenn wir ihn recht verſtanden haben, nicht gehörig zu beachten.

Digitized by Google

eben insoweit er verbrecherischer Wille ist, wiederaufgehoben werden muß. Indem aber die Wiederaufhebung dieses Willens nur die Selbstdarstellung seiner eigenen Nichtigkeit ist, so muß sie als gleicher Zwang gegen den von dem verbrecherischen Willen ausgeübten Zwang hervortreten, d. h. die Verletzung, welche dieser dem allgemeinen Willen — aber freilich nur in seinem frechen Wahne — angethan hat, muß an ihm selbst vollzogen werden. In dieser Wiedervergeltung, in diesem Akte, wodurch der verbrecherische Wille als das Nichtige, was er ist, gesetzt und zwar in dem Umfange und der Intensität nichtig gesetzt wird, in welchem er ein solches Nichtige ist, — liegt hier die angemessene Wiederherstellung des Rechts; es ist dies die objektive Genugthuung nach dem abstrakten Grundsatz der Gerechtigkeit.

Anm. — Das Princip der Gerechtigkeit wird häufiger ausgesprochen, als deducirt und entwickelt, deshalb finden sich auch so verschiedenartige Theorieen unter dessen Fahne zusammen[1]). Schon auf diesem abstrakten Standpunkte zeigen sich die Mängel, denen man hier so häufig begegnet. Bald irrt man nämlich in die Moral, bald in das Privatrecht ab, und verkennt in beiden Fällen das wahre Objekt der kriminalistischen Gerechtigkeit. Beiderlei Irrthümer schreiben sich aus der vorkantischen Rechtsphilosophie her, deren Beruf überhaupt es war, die Begriffe von Recht und Moral, die sich bei Grotius[2]) und seinen nächsten Nachfolgern noch in Vermischung finden, zu sondern. Die Forderung einer moralischen Wiedervergeltung[3]) erscheint nur als eine

1) S. Mittermaier zu Feuerbach §. 7 a. not. c—b. Luden Hdbuch. I. §. 13.

2) Daß die Strafe ein Uebel für ein Uebel sei, hat man übrigens dem Grotius bis heute nachgeschrieben.

3) Jakob Philos. Rechtslehre §. 65. Abicht Lehre von Belohnungen und Strafen.

Digitized by Google

Folge des noch nicht vollzogenen Scheidungsproceſſes, und es iſt daher ſonderbar, wie man derlei Theorieen neuerdings wieder mit ſolchen zuſammengeſtellt findet, welche, von der modernen Spekulation ausgegangen, allerdings den Kant-Fichtiſchen Dualismus von Recht und Moral verwerfen und von der Idee der Sittlichkeit ausgehen, damit aber natürlich etwas ganz Anderes meinen, als jene vorkantiſche Moral. Dagegen hat ſich die Uebertragung des privatrechtlichen Geſichtspunkts auf das Strafrecht [1]) deshalb länger fortgepflanzt, weil auch in der Kant-Fichtiſchen Philoſophie noch das Staatsrecht von dem Privatrechte keineswegs emancipirt war. Uebrigens iſt ſchon von Abegg (L.B. S. 62) mit Recht bemerkt, daß die Art der Begründung ſolche Theorieen durchaus als relative erſcheinen laſſe. Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß von dem allgemeinen Standpunkt des ſubjektiven Idealismus aus (und wenigſtens als deſſen Vorbereitung erſcheint das vorkantiſche Naturrecht) überall eine wahre Gerechtigkeitstheorie konſequenter Weiſe gar nicht möglich war, da man, wenn man nicht mit Kant [2]) zu dem, von Fichte gehörig gewürdigten, kategoriſchen Imperativ greifen, d. h. ſich alle Konſequenz erſparen wollte, doch nicht umhin konnte, die aus der Gerechtigkeit begründete Strafe definitiv erſt durch den Staatsvertrag und ſeine Zwecke zu rechtfertigen. Damit iſt aber von ſelbſt das Abſolute wieder zum Relativen, das Gerechte zum Zweckmäßigen herabgeſetzt. Eine wahrhaft abſolute oder

1) Schulze Leitfaden der Entw. der philoſoph. Principien des Rechts u. A. und relativ auch Klein u. Schneider.

2) Vgl. auch ſeine Nachfolger Tieftrunk, Beck, Bergk, Tafinger (bei Wächter I. S. 43 angef.), und dagegen Grolmann über die Begründung des Straf.R. S. 216 ff.

Digitized by Google

Gerechtigkeitstheorie konnte daher überall erſt aus der entgegengeſetzten Weltanſchauung des objektiven Idealismus hervorgehen, da dieſem allerdings das Recht kein bloß techniſch-praktiſcher Begriff, ſondern ein An und für ſich Seiendes iſt. Einen Uebergang zu dieſer Betrachtungsweiſe der ſtrafrechtlichen Gerechtigkeit kann man bei Welker [1]), und noch entſchiedener bei [2]) Borſt anerkennen; ſofern ſie dem verletzten Individuum den Staat, dem materiellen Schaden einen idealen ſubſtituiren und ſo die privatrechtliche Auffaſſung der Gerechtigkeit auf den richtigen Standpunkt hinüberführen. Neuerdings wird aber der von Abegg mit gutem Recht angewandte Ausdruck: Gerechtigkeitstheorie vielfach zum bequemen Deckmantel für allerlei eklektiſche Fragmente in der verſchiedenſten Miſchung gebraucht, ſo daß er ganz in Mißkredit zu kommen droht.

Vor Allem iſt nun feſtzuſtellen, worin denn eigentlich die Gerechtigkeit im Strafrechte beſtehe. Dies thut der Paragraph, woraus erhellt, daß es ſich hier von keiner Vergeltung des Böſen mit Böſem, und überall nicht von einer moraliſchen Wiedervergeltung, ebenſo wenig aber von einer nur ins bürgerliche Recht gehörigen Schadensvergütung handle. Letztere iſt zwar auch eine Form der Gerechtigkeit (während die Frage, ob für die moraliſche Sphäre dieſe Kategorie überall paſſend ſei, hier dahin geſtellt bleiben mag) [3]); allein ſie iſt von der in der Strafe ſich bethätigenden Gerechtigkeit weſentlich unterſchieden, und eine Verwechslung

1) Letzte Gründe über Recht, Staat, Strafe. Vgl. Wächter I. §. 28.

2) S. die ebenſo gehaltvolle, als kurze Schrift: Verſuch einer neuen rein rechtlichen Darſtellung des Strafrechts.

3) Richter Philoſ. Strafrecht. S. 83—88.

Digitized by

beider gehört ebensosehr in der Philosophie, als in der Geschichte, des Strafrechts dem Standpunkte der Kindheit an[1]). Auch Borst (dessen Recht und Moral vermittelndes Pflichtrecht wesentlich nichts Andres ist, als Hegels Recht und Moral vermittelnde Sittlichkeit) geht zwar noch ganz von dem privatrechtlichen Standpunkte aus, wenn er Strafe und Schadensersatz gemeinschaftlich aus dem dem Rechtsbegriff inwohnenden Princip der Gleichheit und der dadurch gesetzten strengen Reciprocität alles äußeren Handelns der Menschen unter einander ableitet (S. 77 ff.). Allein nicht nur verwirft er (S. 54 ff.) die Privatrache und vindicirt das Recht der Wiedervergeltung dem in seinem einzelnen Gliede mitbeleidigten Staate (wornach denn die Formel ganz richtig lautet: Wie der Verbrecher den Staatsbürger und in ihm den Staat behandelt, so darf er wieder behandelt werden), sondern er sucht auch besonders noch zwischen den Begriffen der Strafe und des Schadensersatzes eine scharfsinnige Unterscheidung aufzustellen (S. 59—61), die freilich an dem Mangel leidet, daß der Verfasser das wahre Objekt des, neben dem materialen hergehenden, idealen Schadens noch nicht aufzufinden vermochte. Eben hier wird dann Borst durch Welker[2]) ergänzt, dessen Ausführung von Wächter und Abegg mit Recht gegen die vielfach ungerechte Behandlung, die sie erfahren hat, in Schutz genommen wird. Nur freilich mischt Welker in den aufgefundenen richtigen Gedanken mehreres Andre ein, was ebensowenig anerkannt werden kann, als die tiefere Begründung aus seiner Ansicht von Recht und Staat überhaupt. Wie schwer es aber

1) Abegg Strafrechtstheorieen. §. 13.
2) A. a. O. S. 249 ff.

Digitized by Google

überhaupt der Philoſophie geworden ſei, den Begriff der ſtrafenden Gerechtigkeit auf die gehörige Weiſe von dem der privatrechtlichen zu ſondern, das zeigt ſich auch noch bei Richter [1]), wenn er die kriminelle Wiedervergeltung in die rechtliche Ausgleichung zwiſchen den Gütern und Rechten des Verletzten und des Verletzers ſetzt. Er iſt zu dieſer falſchen Anſicht durch den an ſich ganz wahren Gedanken geleitet worden, daß das Recht der Subſtanz nach das ewig Unverletzliche iſt. Allein nun hätte er die poſitive Exiſtenz der Verletzung beim Verbrechen nicht in dem gekränkten Rechte der beleidigten Perſon, ſondern in dem Willen des Verbrechers ſuchen ſollen, wo ſie allein zu finden iſt. Nur hierin aber liegt der Mangel ſeiner Ausführung, wovon dasjenige, was Luden [2]) gegen ihn vorbringt, nur eine untergeordnete Konſequenz iſt. Wie Letzterer überhaupt ſich gegen den Begriff des reciproken Maßes als weſentlichen Moments im Begriffe der Gerechtigkeit erklären mag, iſt um ſo weniger zu begreifen, als dies ja eine nothwendige Folgerung aus der von ihm aufgeſtellten Bezeichnung der in der Gerechtigkeit liegenden Gleichheit iſt, ſobald es ſich von beſtimmten Rechtsverhältniſſen der Menſchen gegen einander handelt, daher er denn auch für das Privatrecht gar nicht entbehrt werden kann. Allerdings darf dieſe Form der Gerechtigkeit nicht unmittelbar auf das Strafrecht übergetragen werden, aber nicht deswegen, weil der Begriff des gleichen Maßes ihr nicht nothwendig wäre, ſondern bloß deswegen, weil das Verbrechen als ſolches kein Verhältniß zwiſchen Perſonen, ſondern lediglich ein Verhältniß

1) A. a. O. S. 99 ff.
2) Handbuch I. S. 40. not. 7.

Digitized by Google

zwiſchen dem beſondern Willen einer Perſon und dem allgemeinen Willen begründet. Daß nun aber Luden allen übrigen Begründungen der Gerechtigkeitstheorie eben die Forderung des gleichen Maßes zwiſchen Verbrechen und Strafe wiederholt zum Vorwurf macht [1]), iſt um ſo auffallender, als nicht nur ſicherlich Niemand die Gerechtigkeit ohne dieſe Forderung ſich zu denken vermag, vielmehr darin gerade das Weſen derſelben erkennt, ſondern auch Luden ſelbſt in der That ganz daſſelbe thut, was er Andern zum Vorwurf macht, indem er eine Verbrechensſkala und eine Strafſkala fordert und verlangt, daß dem ſchwerſten Verbrechen die ſchwerſte Strafe, dem leichteſten die leichteſte folgen ſoll [2]). Hierin liegt nicht nur die Anerkennung, daß der Werth jedes beſtimmten Verbrechens in einem entſprechenden Strafwerthe ausgedrückt werden müſſe, ſondern es iſt auch klar geſagt, daß jedes Verbrechen ein gewiſſes Maß von Freiheitsentziehung (Strafe), jedenfalls das Minimum in der einen Reihe noch das Minimum in der andern verdiene. Da nun zugleich gefordert iſt, daß die Werthe in beiden Reihen gleichmäßig ſteigen ſollen, ſo haben wir hier offenbar nichts Anderes, als Hegels Wiedervergeltung nach dem Werthe, die Verletzung des Willens im Maße der von ihm ausgegangenen Verletzung. Wir haben ſie nur hier ohne Begründung; verſucht man aber die fehlenden Mittelglieder aus den angegebenen Prämiſſen herzuſtellen, ſo iſt wiederum in der Sache kein Unterſchied zu entdecken. Er ſagt nämlich [3]): a) Aus der Gerechtigkeit folge das Recht für jeden, in gleichem Maße frei zu handeln, unter der Bedingung, daß er rechtlich handle.

1) A. a. O. I. S. 42. not. 10. 11.
2) A. a. O. I. S. 22. 23.
3) A. a. O. I. S. 7 ff.

b) Es wäre ein Widerſpruch, wenn auch ein widerrechtlich Handelnder dieſes Recht in gleicher Weiſe (d. h. in dem gleichen Maße) haben ſollte. c) Mithin müſſe das Recht, frei zu handeln, mehr oder weniger in dem Maße geſchmälert werden, je nachdem einer mehr oder weniger durch Verbrechen eine ſolche Schmälerung verdiene, da er das volle Maß nur dann verdiene, wenn er rechtlich handle. Kommt aber ſomit daſſelbe Reſultat heraus, ſo war es kein glücklicher Gedanke, gerade den tiefen Gedanken Hegels über Bord zu werfen, daß der Verbrecher ſich das Geſetz ſeiner Strafe ſelbſt ſetze, wie denn überhaupt dieſe ganze Gerechtigkeitstheorie ſich auf einem noch vielfach aus Kantiſchen Elementen gebauten Fundamente etwas ſchwankend ausnimmt und mit der gar zu leicht genommenen Identifikation von Sittlichkeit und Recht, die ebenſo abſtrakt iſt, als der Kantiſche Dualismus, unſre Zeit kaum befriedigen dürfte.

§. 199.

In dieſer objektiven Genugthuung liegt erſt der reine Akt der Gerechtigkeit, deren Weſen es mit ſich bringt, jedes Glied des Ganzen in ſeinen richtigen Grenzen anzuerkennen und feſtzuhalten, mithin auch zu negiren, ſoweit es über dieſe hinaus in fremde Sphären übergreift [1]). Es iſt damit die Nichtigkeit des verbrecheriſchen Willens nur an dieſem (durch die Aufhebung ſeines Seyns in dem Maße, als er eben verbrecheriſch und hiemit ein Nichtiges iſt), noch nicht für ihn, d. h. als ſeine Selbſtbeſtimmung geſetzt. In dem Begriffe der Strafe liegt aber auch b) die Aufhebung des Verbrechens in der verbrecheriſchen Subjektivität, d. h. die Aufhebung der verbrecheriſchen Geſinnung. Sie muß hiernach auch die §. 160—164 angegebenen Mo-

1) Wirth Ethik II. S. 321.

mente an sich haben, d. h. sie muß die Absicht enthalten, von dem Verbrecher selbst und von Andern, in denen Geneigtheit zu ähnlichen Verbrechen obwaltet, als eine gerechte Züchtigung empfunden zu werden und dadurch Abschreckung und Besserung zu bewirken.

§. 200.

Sofern es aber c) der Staat ist, der Strafe gegen Verbrechen verhängt und im wesentlichen Unterschiede von den andern sittlichen Sphären, welche gleichfalls zur Wiederaufhebung des Unrechts berufen sind (§. 195. 196) — nur solche Subjekte als Verbrecher voraussetzt, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachsen anzunehmen ist, so ergiebt sich als das Verhältniß der objektiven und subjektiven Seite der Strafe dies, daß die letztere innerhalb der ersteren gehalten bleiben muß. Der Staat darf daher zwar der Strafe keine der in ihrem Wesen liegenden subjektiven Intention entgegengesetzte Qualität geben. Allein umgekehrt darf er auch nicht diese subjektive Intention als die Hauptsache mit Zwang zu verwirklichen suchen [1]); mithin darf er sie nur als Moment an der objektiven Genugthuung setzen (s. §. 165). Gerade hierin liegt aber auch die subjektive Gerechtigkeit der Strafe. Indem nämlich der Staat den verbrecherischen Willen eben in dem Maße als nichtig setzt, in welchem er selbst sich als nichtig (als Negation des Vernunftwillens) gezeigt hat, so vollzieht er nicht nur die Forderung des abstrakten Rechts, sondern er sorgt auch dafür, daß dieses Recht zum Wohl des Verbrechers werde, daß ihm die Nichtigkeit seines verbrecherischen Willens als solche zum Bewußtsein komme

1) Denn „wie mag man einen Schergen oder Gerichtsdiener für einen Erzieher, ein Gefängniß für ein Gymnasium, oder Galgen, Rad und Pranger für Turnanstalten des Geistes ansehen?“ Richter Philos. Strafrecht S. 142.

und daß hiernach in ihm selbst der Vernunftwille aus seiner Negation wiederhergestellt werde, womit die Abschreckung und Besserung von selbst gegeben sind. Dieses Bestreben ist aber gegenüber dem freien Subjekte nur in dem Maße gerecht, als es selbst in seiner Handlung seine Subjektivität entäußert hat. Nur so weit darf ihm vom Staate die Nichtigkeit seines Willens aufgewiesen werden. In dieser Beschränkung liegt daher die Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität zugleich insofern, als sie nur nach dem Gesetze behandelt wird, welches sie selbst aufgestellt hat.

Anm. — Auch solche, welche nicht in kindischem Eifer gegen die Lehre Hegels zu Felde ziehen, nehmen doch besonders an den Sätzen Anstoß: daß die Strafe Zwang gegen Zwang sei, und daß der Verbrecher nach dem von ihm selbst aufgestellten Gesetze behandelt werde [1]). In ersterem glaubt man nämlich zu finden, daß die Strafe selbst als ein Unrecht erscheine, welches dem Unrechte des Verbrechens entgegentrete, und Letzteres findet man des Staates unwürdig. Zunächst wird man doch aber wohl nicht dem Philosophen die Absurdität aufbürden wollen, als halte er wirklich die Strafe für ein Unrecht und verlange vom Staat, daß er das Gesetz der Unvernunft befolge. Dann würde man aber vielleicht besser daran gethan haben, sich selbst eines Mißverständnisses zu zeihen. In der That ist nun auch der erste Satz ganz unverfänglich und drückt nur den, sowohl von Abegg, als von Luden gleichfalls angenommenen Grundsatz der abstrakten Gerechtigkeit aus. Auch wird ihm wohl jene sonderbare Deutung nur um des zweiten willen gegeben. Allein, was diesen betrifft,

1) Luden Handbuch I. S. 41, der sich freilich hierin auf Abegg berufen darf.

Digitized by Google

so ist die Auslegung, die man ihm giebt, gegen Hegel um so ungerechter, als dieser an der Hauptstelle (§. 100), wie die Anwendung auf den Streit zwischen Kant und Beccaria zur Genüge zeigt, damit gar nichts Andres ausdrücken will, als was die Philosophen vor ihm in der Forderung aufstellten, daß der Verbrecher in die Strafe eingewilligt haben müsse. Indem der Staat den Verbrecher in dem Maße verletzt, in welchem dieser das Recht verletzte, thut er ihm keine blinde, willkührliche Gewalt an, sondern etwas, das der Verbrecher selbst als nothwendig und gerecht, als sein Recht anerkennen muß; denn, obgleich es hiezu keines vorherigen Versprechens, sich strafen zu lassen, bedarf, so liegt ja vielmehr die Einwilligung in die Strafe und ihr Maß in der Handlung des Verbrechers selbst, sofern dieser als potentiell Vernünftiger ja selbst die Richtigkeit seiner Handlung und die Nothwendigkeit ihrer Richtigsetzung durch den Staat einsehen muß, mithin, wenn er sich gleichwohl zu der Handlung entschließt, deren Folge selbst hervorruft, d. h. das Gesetz, worunter er zu subsumiren ist, als ein von ihm selbst gesetztes, von seiner eigenen Vernunft gutgeheißenes anzuerkennen hat. Dies will Hegel[1]) sagen und sagt es auch in solcher Weise, daß das Mißverständniß schwer zu begreifen ist; denn, was Abegg (Lb. S. 73 ob.) gleich nach der Entgegnung gegen Hegel ausführt, ist ganz das eben Gesagte. Mit viel größerem Rechte wäre diesem vorzuwerfen gewesen, daß diese Anticipation der subjektiven

1) Vgl. Rechtsphilos. §. 220. und S. 195. Darum heißt es auch, darin werde der Verbrecher als ein Vernünftiger geehrt, daß nur sein eigenes Gesetz an ihm vollzogen werde. Kant sagt aber dasselbe, wenn er will, daß der Verbrecher nicht als Mittel behandelt werde.

Digitized by Google

Gerechtigkeit der Strafe in der Lehre vom abstrakten Rechte gar nicht an ihrer Stelle, und selbst im §. 220 nicht durch die nothwendigen Mittelglieder gerechtfertigt sei [1]). Das thut jedoch der Wahrheit des Satzes keinen Eintrag, wie denn derselbe in seinem richtigen Sinne auch von Abegg anerkannt wird. Nur wird er von ihm, wie von Hegel selbst, nicht in seinem ganzen Gehalte benützt, der ihm vielmehr nur dann abzugewinnen ist, wenn er mit der, freilich bei der abstrakten Substantialität des Hegel'schen Systems nicht sonderlich beliebten, Forderung der strengen und aufrichtigen Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität in Verbindung gesetzt wird. Eben diesen Gesichtspunkt suchen nun die vorstehenden Paragraphen hervorzuheben.

Der Verbrecher setzt sich seine Strafe selbst. Darin liegt nicht nur das eben Angegebene, daß sie ihn nicht als ein fremdes, eine äußere Gewalt trifft, sondern, was auch Hegel mit tiefer Wahrheit hervorhebt, zugleich, daß sie eine Forderung seines eigenen besseren Ichs und somit ihre Vollziehung eine Wohlthat für den Verbrecher, nämlich die Wiederherstellung seines eigenen Vernunftwillens aus der Unvernunft ist [2]). Letzteres ist auch von Andern aufgefaßt, nur freilich oft in unklare und mystische Formeln gehüllt [3]). Man hat sich dabei gerade die Hauptsache, nämlich das Verhältniß dieses subjektiven Moments der Strafe zu ihrem objektiven, nicht klar gemacht. Ersteres führt, selbständig geltend gemacht, unfehlbar zur Besserungstheorie und hebt folgerichtig das der objektiven Wiedervergeltung geradezu auf

1) S. G. Julius in der zu §. 197 angef. Recension.
2) Vgl. Richter Philos. Strafr. S. 139—141.
3) Henke I. §. 2. 3. vgl. Oersted Grundregeln S. 35—38. — Duc de Broglie Revue française 1828. Sept. p. 13 ff.

Digitized by

(ſ. §. 165). Zwar hat Oerſted nicht Recht, wenn er meint, das Wiedererwachen des beſſeren Princips im Verbrecher bedinge nicht die Abbüßung durch die Strafe; wohl aber hat er Recht, wenn er ſagt, daß die Strafe nicht unmittelbar das Mittel ſeyn könne, um jene Umkehr des Verbrechers zur Vernunft zu bewirken. Daß denn auch die Koordination beider Forderungen, der objektiven Genugthuung und der ſubjektiven Wirkung der Strafe nichts taugt, zeigt am beſten das Vage und Schwankende derjenigen Theorieen, welche ſie aufſtellen, und welche den Widerſpruch zwiſchen den praktiſchen Reſultaten ihrer verſchiedenen Principien durch volltönende geſchichts-philoſophiſche Allgemeinheiten nur oberflächlich zuzudecken vermögen. Ohne allen Zweifel gehört zum ſittlichen Begriffe der Strafe mehr, als ihre abſtrakte Gerechtigkeit, nämlich auch die Tilgung der Schuld; aber das Weſentliche iſt nun eben die Frage nach der Vermittlung dieſer beiden Elemente. Dieſe muß eine verſchiedene ſeyn, je nach der Verſchiedenheit der ſittlichen Sphäre, welche ſtrafend auftritt. So gewiß nun aber Familie, Kirche und Schule, welche es mit der geſammten Perſönlichkeit des Menſchen zu thun haben, das ſubjektive Element der Strafe zu ihrem Princip machen, d. h. die Strafe als Mittel der Erziehung verwenden müſſen, ebenſo gewiß muß beim Staate, der das Verbrechen des Mündigen zu ſtrafen hat, gerade das Umgekehrte eintreten. Zwar darf er nun die zum Weſen der ſittlichen Strafe gehörige ſubjektive Intention derſelben niemals verläugnen, ſondern muß im Gegentheil möglichſt dafür ſorgen, daß ſie mittelſt der objektiven Genugthuung bewirkt werde. Aber zum Princip darf er ſie nicht machen wollen [4]) vielmehr hat er ihr Wirklichwerden zunächſt

2) Richter S. 141. 142. 171—174.

der subjektiven Freiheit des Verbrechers anheimzustellen, der sich denn, je nachdem er verstockter oder empfänglicher ist, durch die Strafe abschrecken, zur Besserung bewegen, oder auch subjektiv nicht angreifen lassen kann. Diese speciellen subjektiven Tendenzen kann der Staat so wenig, als die in der objektiven Genugthuung an und für sich liegende, den Verbrecher zum Bewußtsein der Nichtigkeit seines verbrecherischen Willens zu bringen, erzwingen wollen, ausgenommen dann, wenn das Verbrechen von solcher Tiefe ist, daß die Nothwendigkeit der Abschreckung und Besserung mittelst vormundschaftlicher Einwirkung von Seiten des Staats als integrirendes Moment an dem Princip der objektiven Genugthuung selbst hervortritt (§. 206). Eben dadurch ist er gegen den Verbrecher gerecht und ehrt ihn als einen potentiell Vernünftigen, was hiemit noch einen tieferen Sinn erhält, als bei Hegel, der die subjektive Freiheit überall so gern mit dem spinozistischen Wissen der Nothwendigkeit abfindet. — Gerade diese Anerkennung der subjektiven Freiheit muß nun aber besonders hervorgehoben werden, weil nur hiedurch die Strafe auch subjektiv gerecht wird. Hier ist wieder einer der Punkte, in welchem sich die Abstraktheit des objektiven Idealismus zeigt. Solche erscheint zwar bei Hegel schon wieder sehr gemildert; dagegen findet sie sich in ihrer ganzen Schroffheit bei denjenigen, welche es sich zum Geschäfte gemacht haben, jene Abstraktion gerade zum Extrem auszubilden, d. h. den Menschen ganz und vollkommen als bloße Accidenz zu setzen und daher in der Strafe eben nur das erste Moment der objektiven Genugthuung (der Neutralisation des verbrecherischen Akts durch die Majestät des Staats, und der damit bewirkten Wiederherstellung der Gesundheit des Staatsorga-

nismus) [1]) anzuerkennen, welcher einfache Gedanke dann bei ſolchen, welche der Philoſophie eine religiöſe Appretur geben zu müſſen glaubten, in den myſtiſchen Ausdruck überſetzt wird, daß der Staat, als das Mittelreich zwiſchen dem Reiche der Natur und dem Reiche Gottes und durch den Sündenfall nothwendig gewordenes Abbild und Organ des letzteren, ſeine nothwendige Ordnung gegen alle Verletzungen wiederherſtellen und dies durch Bewältigung des Verbrechers mittelſt phyſiſchen Leidens ausführen müſſe [2]).

2) Die Strafzwecke.

§. 201.

Die Zwecke der Strafe können nichts Anderes ſeyn, als die in der Kategorie des Sollens geſetzten Momente ihres Begriffs. Würde ſie nämlich auf einen außerhalb dieſes liegenden Zweck bezogen, ſo wäre damit eine Verneinung ihrer begriffsmäßigen Nothwendigkeit, hiemit aber die Aufhebung ihres ſittlichen Charakters und ihre Selbſtloſigkeit gegen jedes beliebige fremde Princip geſetzt. Als weſentliche Momente der Strafe haben ſich aber ergeben a) die objektive Wiederherſtellung des Rechts, b) die Aufhebung der ſubjektiven Geneigtheit zum Verbrechen, c) die Beziehung auf den Staat.

Anm. — Mit gutem Recht haben Henke, Jarcke, Abegg [3]) u. A. ausgeſprochen, daß die von den ſog. relativen Theorieen aufgeſtellten Strafzwecke nur Modalitäten der zuvor als gerecht nachgewieſenen Strafe

1) Vgl. Wagner Syſtem der Idealphiloſophie. S. 136 ff.

2) Stahl Rechtsphil. II. 2 S. 81 ff. S. 363 ff. Jarcke Lb. I. S. 240 ff. Göſchel zerſtreute Blätter. I. S. 468 ff. Link das Naturrecht unſrer Zeit.

3) Henke I. §. 4. Jarcke I. S. 246 ff. Abegg Strafrechtstheorieen. S. 53—73.

seyn dürfen, wie sie sich auch geschichtlich allerdings als nie ausbleibende Konsequenzen einer vernünftigen Strafrechtspflege gezeigt haben. Allein damit ist der organischen Entwickelung des Begriffs noch so wenig genügt, als mit der offen dargelegten Geringschätzung, womit Hegel [1]) jene Strafzwecke behandelt. Denn, so lange dieselben der Strafe nur nebenher angehängt und sozusagen auch so mit drein gegeben werden, so bleibt deren sittlicher Charakter immer noch relativ beeinträchtigt und die Strafe wenigstens theilweise zum selbstlosen Mittel herabgewürdigt. Vielmehr müssen, wozu Abegg allerdings Andeutungen giebt, die Zwecke der Strafe als Momente ihres Begriffs nachgewiesen und lediglich aus diesem, schlechthin aber nicht mehr von außen her bestimmt werden, was denn freilich eine konkretere Bestimmung dieses Begriffs, als sie sich auch bei Abegg findet, voraussetzt [2]). Denn der wesentliche Unterschied der sog. absoluten Theorie von der relativen beruht nicht sowohl darin, daß jene die Strafe für an und für sich selbst gerecht, letztere dagegen nur für zweckmäßig (relativ nothwendig) erklärt, sondern in den Gründen, woraus diese Behauptungen nur als Konsequenzen fließen. Diese Gründe sind aber nur die letzten Fundamente der objektiv-idealistischen Anschauungsweise auf der einen, und der subjektiv-idealistischen auf der andern Seite, indem die eine den substantiellen Geist, die andre das Ich als das Prius setzt, daher die erstere alle sittliche Nothwendigkeit als auf sich selbst beruhend aufweisen muß, während letztere dieselbe immer endlich auf das Interesse

1) Rechtsphilosophie. S. 133—135.

2) Am vollständigsten, nur ohne die gehörige dialektische Begründung, finden sich die Momente bei Henke zusammengestellt.

des Ichs zu beziehen und als deſſen Produkt darzuſtellen die Aufgabe hat. Offenbar kann aber der Staat der erſten Anſicht nicht zugleich der Staat der andern ſeyn, mithin auch nicht neben der abſoluten Nothwendigkeit der Strafe her noch Zwecke derſelben anerkennen, die ihr Princip außer deren Begriff in den Zwecken des um des Ichs willen ſeienden Staates haben [1]).

§. 202.

a) Der erſte und vorzüglichſte Zweck der Strafe iſt die objektive Wiederherſtellung des Rechts aus ſeiner Negation, welche Wiederherſtellung aber nur dadurch vollzogen wird, daß die Negation eben da, wo ſie allein poſitive Exiſtenz hat, am Willen des Verbrechers aufgehoben wird. Denn weder trifft die Subſtanz des Rechts ſelbſt eine wirkliche Verletzung, noch kann es ſich hier um die Wiederherſtellung des verletzten Einzelrechts (für welche der Entſchädigungszwang zur Seite geht), und noch viel weniger um eine Genugthuung für das Rechtsgefühl des Verletzten oder Anderer handeln, da einerſeits die Kränkung dieſes Rechtsgefühls nur eine zufällige Wirkung des Verbrechens, andrerſeits für den Vernunftwillen Aller das Verbrechen ein in ſich Nichtiges iſt, durch deſſen objektive Wiederaufhebung mithin dieſes Rechtsgefühl vollſtändig befriedigt wird [2]). Das exiſtirende Uebel iſt eben nur der unvernünftige Wille des Verbrechers, ſoweit er unvernünftig iſt. Durch die Setzung ſeiner Nichtigkeit wird daher dem Anſpruch des vernünftigen Allgemein-Willens auf abſolute Geltung auf angemeſſene Weiſe genug gethan [3]).

Anm. — Da auch die Forderung der abſtrakten

1) Vgl. die etwas ſchwankend gehaltene Ausführung bei Richter S. 171—174. 176—180.

2) Hegel §. 99.

3) Wirth Ethik II. S. 320.

Gerechtigkeit als Zweck gesetzt werden kann, so ist es natürlich, daß auch das Specifische der sog. absoluten Theorie auf dem Fundamente der relativen nicht selten angetroffen wird. Schon Grotius [1]) hat beide Gesichtspunkte vereinigt und eben damit ein viel vollständigeres Gesammtbild der Strafe geliefert, als seine sämmtlichen Nachfolger, nur freilich noch auf eine keineswegs philosophisch vermittelte Weise, daher bei ihm moralische und rechtliche Wiedervergeltung, Entschädigung und Strafe, absolute und relative Nothwendigkeit der letzteren noch friedlich in einander laufen, die Wiedervergeltung selbst aber noch ganz in der naiven Form des malum passionis ob malum actionis, d. h. auf dem Standpunkte der Privatrache [2]) vorkommt. — Aber auch später findet sich nicht selten die objektive Genugthuung in verschiedenen Modifikationen als Strafzweck in der Weise der relativen Theorieen aufgestellt. Indessen fehlen diese Theorieen sämmtlich darin, daß sie den zu vergütenden Schaden da suchen, wo er nicht zu finden ist, und infolge davon bald ganz in die Abschreckungstheorie hinüber irren, wie Klein und Schneider [3]), bald dem staatsrechtlichen Standpunkte den schlechthin unangemessenen privatrechtlichen unterschieben, wie Welcker. Erstre nämlich suchen den Schaden in dem durch den Vortheil aus dem Verbrechen bei andern Bürgern erzeugten Reize zur Nachahmung, was sie, ganz abgesehen von der unbegreiflichen Verbindung der hierauf gegründeten

1) De jure belli II. 20. Vgl. Michaelis, Mos. Recht §. 242. Schulze, Leitfaden S. 335.

2) *Winssinger* de talione. *Frey* de prim. jur. crim. *Trip* de similitudine inter delicta eorumque poenas.

3) Klein, Grundsätze des peinl. Rechtes. §. 6 ff. Schneider, Noch einige Worte über das Princip des Strafrechts.

Genugthuungsforderung mit der Forderung einer Abschreckungsstrafe, an und für sich selbst schon so sehr zu bloß nominellen Vertheidigern der objektiven Genugthuung macht, daß sie vielmehr mit dem Schwerpunkte ihrer Theorieen ganz in die Klasse der Präventionisten fallen [1]). Viel tiefsinniger ist die Auffassung von Welcker [2]), der deshalb auch, wiewohl mit Unrecht, von Abegg und Jarcke sogar schon den Bekennern der reinen Gerechtigkeitstheorie zugezählt wird. Letzterem widerspricht nämlich nicht allein seine Grundansicht über die Natur des Rechts und Staats, die, obwohl vielfach an die neue Spekulation anklingend, doch ihre Wurzeln ganz im subjektiven Idealismus hat [3]), sondern es kann auch insbesondre die Nachweisung des durch die Strafe zu tilgenden Schadens nicht für richtig gehalten werden, obgleich der von Welcker ausgesprochene Gedanke des intellektuellen Schadens den Uebergang zu der allein richtigen Ansicht bildet. Schon der Begriff des Schadens überhaupt ist ein mangelhafter, da er das civilrechtliche Princip der Entschädigung in ein Gebiet hinein kontinuirt, in welchem die Wiederaufhebung des Rechts sich qualitativ anders bestimmen muß. Sodann aber ist es der Grundfehler dieser Ansicht, daß sie das Recht seiner Substanz nach für verletzbar hält. Ja, als ob sie fühlte, daß sie damit die Sache nicht treffe, so weist sie noch eine Reihe von Objekten der Beschädigung auf, die, das einzige Moment der vom Verbrecher bewiesenen Unvernunft ausgenommen, sammt und sonders an und für sich indifferente Dinge und in keinem Falle geeignet

1) S. Feuerbach über d. Strafe als Sicherung. S. 160 ff. Welcker, Letzte Gründe S. 241—249. Henke I. §. 22.

2) A. a. O. S. 249 ff. vgl. *Cropp* de praec. j. rom. circa pun. conatum I. S. 11—19. Roßhirt L.B. §. 8.

3) A. a. O. S. 71—109.

Digitized by Google

sind, die Nothwendigkeit der Wiederaufhebung des vermeintlich erzeugten Schadens zu begründen [1]). Denn, wenn es auch wahr ist, daß infolge des Verbrechens Mißtrauen der Bürger gegen den Verbrecher, Zweifel an der Macht des Rechts, und Reiz zur Nachahmung, desgleichen im Verletzten Rachlust und Nichtachtung des Gesetzes entstehen kann, so sind doch alle diese Folgen weder nothwendig, noch allgemein, und wenn sie entstehen, so sind sie selbst Aeußerungen eines unvernünftigen Willens, der mithin vernünftiger Weise keine Genugthuung verlangen kann. Vielmehr, wenn der Verletzte und wenn die Uebrigen ihre Vernunft sprechen lassen, so müssen sie selbst die innere Nichtigkeit des Verbrechens erkennen, und folglich fließt ihr besondres Interesse ganz mit dem allgemeinen Interesse zusammen, das in der Setzung jener inneren Nichtigkeit, als einer lediglich durch das Verbrechen selbst erzeugten Nothwendigkeit, seine adäquate Befriedigung findet.

§. 203.

b) Zugleich hat die Strafe den Zweck, den Grund des Verbrechens in der Subjektivität aufzuheben; sie hat hiernach die Intention, von dem Schuldigen als gerechte Züchtigung erkannt zu werden und infolge davon zu seiner Abschreckung und zu seiner Besserung zu dienen. Mit dieser Intention in Beziehung auf den Schuldigen verbindet sich aber vom Standpunkte des Staats aus die weitere, durch Ankündigung und Vollziehung des Strafgesetzes in gleicher

---

1) Richter Philos. Straf.-R. S. 146—148. Ungenügend sind dagegen die Kritiken von Henke I. §. 22 u. Oersted Grundregeln S. 82—97. S. Wächter I. S. 51. 52. Indessen hat doch Oersted darin Recht, wenn er zeigt, daß Welcker auf dem Fundament des subjektiven Idealismus stehe und dessen Forderungen nicht Genüge leiste.

Digitized by Google

Weiſe auf die Subjektivität der Uebrigen zu wirken, falls in dieſen das gleiche negativ-ſittliche Ferment obwalten ſollte.

Anm. — Von den Intentionen der Strafe in Beziehung auf die Subjektivität des Verbrechers ſelbſt iſt ſchon oben (§. 160—163) die Rede geweſen und gezeigt worden, daß in dieſer Hinſicht die betr. relativen Theorieen auf einem an ſich ganz wahren, moraliſchen Fundamente beruhen. Ueber dieſes Fundament gehen ſie jedoch weit hinaus, und dieſer ihr weiterer Inhalt wird erſt beim folgenden Paragraphen ſeine richtige Stellung finden. Nur ſo viel iſt hier ſchon zu bemerken, daß die gedachte moraliſche Rechtfertigung, die oben nur für die Specialprävention zunächſt nachgewieſen werden konnte, von dem Standpunkte des Staats aus auch für die Generalpräventionstheorieen durchaus Geltung hat, ſofern der Staat als Verwalter der Strafrechtspflege, die eine objektiv allgemeine Anſtalt iſt, nicht nur den einzelnen Schuldigen ſich gegenüber hat, ſondern ſämmtliche Staatsbürger als mögliche Schuldige, für die er daher, unter Vorausſetzung der gleichen Bedingung (d. h. der Geneigtheit zu Verbrechen), mittelſt Androhung und Vollziehung der Strafe das gleiche Gegengewicht gegen das obwaltende negativ-ſittliche Ferment behufs der Abſchreckung und Beſſerung — freilich nur innerhalb derſelben Grenzen, wie gegenüber dem Schuldigen ſelbſt, — zu ſetzen das Recht hat.

§. 204.

c) Dieſe objektiven und ſubjektiven Zwecke hat jedoch die Strafe, als Ausdruck der vindikativen Gerechtigkeit gegen wirkliche Verbrechen, nur in Beziehung auf den Staat, d. h. nur da, wo ſich der ſubſtantielle Wille gegen den für ſich freien Willen des mündigen Subjekts im Gegenſatze befindet, während der Gegenſatz des allgemeinen Willens gegen den nur potentiell freien Willen des Subjekts eine andre

Form der Strafgerechtigkeit und ein verſchiedenes Organ ihrer Ausübung bedingt. Die vindikative Strafe hat daher den ſpecifiſchen Zweck, das Recht als Fundament des Staats in ſeinem abſoluten Seyn zu beſtätigen, d. h. daſſelbe nicht allein als eine an und für ſich ſeiende Nothwendigkeit, ſondern auch als eine Sache des allgemeinen Wohls zu verwirklichen.

Anm. — Hiemit erſt, mit dem Gedanken des allgemeinen Wohls, als des mit dem Rechte Identiſchen, iſt die ſpekulative Rechtfertigung der ſog. relativen Theorieen nach ihrer politiſchen Seite hin ausgeſprochen, ein Recht, das ihnen von allen bisherigen Vertretern des objektiven Idealismus noch nicht zu Theil geworden iſt, aus dem einfachen Grunde, weil eben die bisherige Orthodoxie dieſes Standpunkts noch nicht zu der Einſicht gelangt iſt, daß in der Abſtraktheit der Subſtantialität des Staats ihr Mangel liegt und daß dieſer Mangel nur durch eine aufrichtige Durchführung des, bei Hegel kümmerlich bedachten, und in den Philoſophemen der Schellingiſchen ältern und neuren Schule ſo gut als ganz ignorirten, Princips der freien Subjektivität, hiemit des perſönlichen Wohls verbeſſert werden kann. Damit eben hängt das oben zu §. 201 Bemerkte zuſammen, daß die bisherigen ſpekulativen Gerechtigkeitstheorieen zwar wohl relative Gerechtigkeit gegen die relativen ausübt, keineswegs ſie aber wirklich als Momente im ſyſtematiſchen Organismus aufgezeigt haben.

Sämmtliche relativen Theorieen läugnen die Abſolutheit und Subſtantialität des Rechts und Staats, und machen vielmehr das Reich der objektiven Sittlichkeit zu einem Produkt des Ichs um ſeines Wohls willen. Dazu gelangen ſie freilich von ſehr verſchiedenen Standpunkten aus, die, wenn es ſich um eine Geſchichte der Strafrechtsphiloſophie handelt, ebenſowohl auseinander zu halten ſind, als dies mit den gewöhnlich ebenſo bedachtlos zuſammengewürfelten ſog. abſoluten Theorieen zu geſchehen hat. So wird es z. B. keinem Einſichtigen entgehen, daß Hobbes eine ganz andere Anſicht vom Staat hat, als Schulze und Martin, obgleich die Strafe für ſie gleichmäßig nur die Bedeutung eines Mittels zur Selbſterhaltung des Staats hat. Desgleichen konſtruiren die franzöſiſchen Materialiſten ohne Zweifel das nothwendige Uebel des Staats auf eine ganz andre Weiſe, als die Schule des ſubjektiven Idealismus in Deutſchland, obgleich in den Reſultaten für das Princip des Strafrechts vielfach die innigſte Verwandtſchaft zwiſchen beiden auftaucht. Indeſſen iſt an dieſer Stelle von jenen tieferen principiellen Unterſchieden abzuſehen und nur jene angeführte Grundanſicht, die ihnen allen gemeinſam iſt, aufzufaſſen. In dieſer liegt nun eine tiefe Wahrheit, welche in der praktiſchen Entwicklung des modernen

Staats ihre gerechte Anerkennung zu finden längſt angefangen hat, daß nämlich das objektiv Sittliche, wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie geſetzt, mithin das Individuum nicht nur Accidenz an der Subſtanz des Staats, ſondern freies Organ ſeines Geiſtes ſeyn müſſe. Das Recht muß auch um des Menſchen willen, für ſein Wohl da ſeyn, und dieſe Qualität muß eine weſentliche Potenz im Staate bilden. Wie aber dieſes Wohl der freien Perſönlichkeit Grund des Staats iſt, ſo muß es ſich auch in adäquaten Staatszwecken anerkannt finden. Von dieſer durch ſämmtliche Staatsfunktionen ſich kontinuirenden Forderung kann aber am wenigſten die Strafrechtspflege ausgenommen ſeyn, welche die freie Perſon nicht nur in der Sphäre ihrer äußerlich vermittelten Exiſtenz in den Sachen, ſondern in ihrem Innerſten, im freien Willen ſelbſt ergreift und daher doppelten Grund hat, die Abſtraktion des formellen Rechts durch die Anerkennung der Zwecke des Wohls zu ergänzen. Dieſes Bewußtſein geht durch alle relativen Theorieen und macht ihre Wahrheit aus, die nur deshalb wieder in Unwahrheit umſchlägt, weil ein bloßes Moment der Sache zur Totalität aufgeſchraubt iſt. Sieht man aber hievon ab, ſo wird man in allen jenen Ausführungen Elemente entdecken können, welche in dem vollen Bilde der Strafe nicht fehlen dürfen. Auch hier rechtfertigt es jedoch der nächſte Zweck, nur auf die hauptſächlichſten einzugehen und die untergeordneten Spielarten der geſchichtlichen Darſtellung zu überlaſſen.

Die beiden konſtituirenden Potenzen der Philoſophie der Sittlichkeit, die ſubſtantielle Allgemeinheit und die freie Beſonderheit des Willens, wie ſie im Alterthum an Plato und Ariſtoteles ihre Organe gehabt hatten, fanden beim Wiedererwachen der Philoſophie ihre Vertreter an Spinoza und Leibnitz, in der Weiſe, daß beide einander ergänzten, keiner den Andern ſchlechthin ausſchloß, beide aber die Einheit, deren Momente ſie einſeitig hervorhoben, nur als großartige Vorausſetzung zur Grundlage hatten, welche dialektiſch zu entwickeln und zu beweiſen, die Sache andrer gleichzeitigen und ſpäteren Denker war. Wenn gleich der Letztere mehr, als der Erſtere, unmittelbar auf andre Syſteme Einfluß ausübte, ſo iſt doch von dem Kern der Anſichten beider zu behaupten, daß er Jahrhunderte lang unverſtanden blieb, und vielmehr erſt dann ein prophetiſches Räthſel zu ſeyn aufhörte, als die dialektiſche Entwicklung der Momente, welche ſie in Einheit geſchaut hatten, für das Bewußtſein durchgeführt worden war. Obgleich ſich alſo die mit Grotius beginnende Schöpfung der Rechtsphiloſophie als einer in ſich gegründeten Wiſſenſchaft mannigfach an Leibnitz anlehnte, ſo ſind ihre Tendenzen doch ganz andere, wobei von jenen Heroen des Gedankens abzuſehen iſt. Nur inſofern ſteht der Anfang jener Rechtsphiloſophie in Verwandtſchaft mit dem Stand-

punkte jener univerſellen Geiſter, als auch ſie den Gegenſatz von Seyn und Denken nicht anerkennt, ſondern von der noch unvermittelten Vorausſetzung ihrer Einheit ausgeht, daher die Vernunft nicht als konſtitutives, ſondern nur als regulatives Princip in Recht und Moral auffaßt. Freilich darf man aber über ihrem unerquicklichen Formalismus und ihrer ſpekulativen Dürftigkeit, die ſich mit Wolff ganz und gar in den Sand des flachſten Raiſonnements verlor, nicht vergeſſen, daß jene Erfinder des Naturrechts die Aufgabe hatten, für die Philoſophie in dieſem Gebiete erſt den Platz zu erobern, den Boden zu ebnen, und ihrer Exiſtenz überhaupt Anerkennung zu verſchaffen [1]). Gerade ihre ſpekulative Unreife macht aber allerdings, daß ihren Grundlegungen für das Strafrecht alle energiſche Beſtimmtheit und alles tiefere Intereſſe fehlt. Mit allen ihren formaliſtiſchen Unterſcheidungen zwiſchen Recht und Moral haben ſie es doch noch nicht einmal dahin gebracht, die Anſprüche beider hinſichtlich der Konſtruktion des Strafrechts entſchieden auseinanderzuſetzen. Denn, wie ſchon bei Grotius der Glaube an die abſolute Gerechtigkeit der Strafe mit der Tendenz, ſie auf verſchiedene Zwecke zu beziehen, Hand in Hand geht, ſo ſind noch aus der Wolffiſchen Philoſophie moraliſche Vergeltungstheorieen neben verſchiedenen Sorten von relativen Theorieen hervorgegangen, und das Bezeichnende für dieſe Theorieen liegt nur in der gemeinſamen dürftigen Auffaſſung des Staats als eines zwar continuo ratiocinationis filo zu Erklärenden, das aber doch letztlich als ein empiriſch Gegebenes vorausgeſetzt wird [2]). Neben der ſpekulativen Halbheit bezeichnet denn dieſe Theorieen auch ihre politiſche Unmündigkeit, die gerade damit weſentlich zuſammenhängt, daß ſie die Sache ſelbſt als ein Gegebenes hinnahmen und dafür nur bald aus dem göttlichen Willen, wie er in der Vernunft offenbart ſei, bald aus dieſem oder jenem Grundtriebe der menſchlichen Natur eine vernunftgemäße Begründung ſuchten, wobei denn freilich zwar ein ſehr verdienſtliches Vorpoſten-Gefecht gegen allerlei beſondere Mißbräuche im poſitiven Rechte nicht ausbleiben, von einer weltbewegenden Gedankenentwicklung aber niemals die Rede ſeyn konnte. Daher finden ſich auch in jener naturrechtlichen Schule die ſpäteren Principien des Strafrechts ebenſogut vorangedeutet, wie die Lehre vom Staatsvertrag, aber beides ohne den Nerv der Produktivität, als Intereſſe der Schule, nicht des Lebens. —

Eine ſpekulative Begründung des Rechts ſetzte den allgemeinen Bruch des Gedankens mit der Wirklichkeit voraus, an deren Seyn und Erkennbarkeit bisher nicht gezweifelt worden war. Dieſer Bruch

---

1) Rosbach. Die Perioden der Rechtsphiloſophie. S. 120—157.

2) Uebrigens hatte dieſes Naturrecht große Ausbreitung, namentlich auch in Frankreich. Warnkönig in der krit. Ztſchr. f. Rechtsw. d. Ausl. I. S. 273—276.

gab aber drei wesentlich verschiedene Richtungen der Philosophie das Dasein: dem englisch-schottischen Idealismus und Skepticismus, welcher die Wirklichkeit dem Denken opferte, dem französischen Materialismus, der umgekehrt den Gedanken in das Seyn aufgehen ließ, und dem deutschen Kriticismus, der, den Gegensatz als solchen in's Auge fassend, auf die Hauptfrage losging, ob er bestehe und ob seine Glieder in Einheit zu bringen seien, oder nicht[1])? Von dem Resultate jener Kritik, welche gerade die praktische Vernunft in das Recht einsetzte, das der theoretischen aberkannt war, hob sofort die Periode der schöpferischen Philosophie an, welche freilich mit Fichte's subjektivem Idealismus ebenso nach der einen, wie mit dem objektiven Idealismus von Schelling und Hegel nach der andern Seite hin, nur in einer neuen Weise, extrem wurde und ihren Abschluß erst zu erwarten hat.

Alle diese Richtungen nun, mit Ausnahme des objektiven Idealismus, haben dem Rechte seine Substantialität abgesprochen und somit auch das Strafrecht auf andre Weise, als aus der Gerechtigkeit an und für sich begründen müssen. Spekulativ am dürftigsten, wenn auch in andrer Rücksicht sehr achtungswerth, erscheint nun wieder die erste der genannten Richtungen, die englisch-schottische Moral, sofern sie als letztes Princip der Ethik überhaupt das (moralische) Gefühl, d. h. dasjenige setzte, was am wenigsten geeignet ist, als Princip zu dienen. Diesem Mangel war auch nur scheinbar abgeholfen, wenn z. B. Wollaston die Wahrheit zum Kriterium von Recht und Unrecht machte, oder Klarke die Uebereinstimmung des Handelns mit dem objektiven Wesen der Dinge, da jene Wahrheit und dieses objektive Wesen vorausgesetzt wurden und das Kriterium dafür doch nur wieder das angeborene moralische Gefühl seyn sollte. Dem Rechte wird nun bald der Trieb des Wohlwollens, der zur Geselligkeit führe, bald dieser Trieb verbunden mit dem der Selbstliebe zur Unterlage gegeben, nur Hume geht bereits über die Grenze, indem er das Recht für ein soziales Produkt behufs des allgemeinen Nutzens erklärt, das nicht unmittelbar aus dem uninteressirten Triebe des Wohlwollens zu erklären sei. Gleichwohl hat der Staat nach ihm wesentlich denselben Gehalt, wie nach den Uebrigen. Er ist eine Anstalt zum Wohle des Menschen, und der Unterschied ist nur, daß dieses Wohl bei Hume bereits eine, dem französischen Materialismus sich zuneigende, Bestimmtheit hat, während die Andern es spiritueller nehmen. Allen gemeinsam ist aber die Forderung des Wohls, des eigenen und des fremden, mithin des gemeinsamen, welches aber insofern eine vage Bestimmung ist, als die konkrete Ausfüllung durch das moralische Gefühl gegeben werden muß, welches auch in der ihm von A. Smith gegebenen Bestimmtheit als

1) Roßbach a. a. O. S. 157—220.

Digitized by Google

allgemeines Selbstbewußtsein (leidenschaftslose Sympathie) von seiner subjektiven Unbestimmtheit und Zufälligkeit nicht loskommt. Rechte sind nach Hutcheson solche Maximen des Handelns, deren Verletzung, zur allgemeinen Regel erhoben, das menschliche Geschlecht unglücklich machen müßte. Noch bestimmter gründet Ferguson das Recht auf den Trieb der Selbsterhaltung und den der Geselligkeit, daher Vertheidigung seiner selbst und Andrer das ursprüngliche Zwangsrecht sei, und das Unrecht im Angriff auf die Persönlichkeit (die eigene oder die in Andern anerkannte Summe der Zwecke des Wohls) bestehe. Wenn nun nach allen jenen Theorieen der Staat nothwendig die Bestimmung haben muß, dem Unrecht als einer Störung des Einzelwohls und des Gemeinwohls entgegenzutreten, so ist doch wegen der Vagheit des Princips Alles Weitere unbestimmt. Es kann dieses Entgegentreten auf verschiedene Zwecke bezogen werden, je nachdem eben der vieldeutige Begriff des Wohls weiter oder enger, geistiger oder sinnlicher gefaßt wird. Indessen wird man annehmen dürfen, daß in der Konsequenz jener moralischen Systeme (wenn hier überall von Konsequenz die Rede seyn kann) ganz besonders der Besserungszweck liege, wenn gleich zunächst die Auffassung der Strafe als gerechte Wiedervergeltung als unausbleiblicher Ausfluß des moralischen Gefühls von ihnen zu erwarten ist. So wenig nun bei der ganzen Konstruktion dieser Systeme von einer Deduktion der Gerechtigkeit und der nothwendigen Zwecke der Strafe die Rede seyn kann, da vielmehr ihr ganzer spekulativer Werth sich eben nur auf den Ausgang vom subjektiven Bewußtsein (der aber in dieser Beschränktheit nothwendig zum Skepticismus führen mußte) reducirt, so enthalten sie doch, nur eben in der Form des unvermittelten Gefühls, den wahren Inhalt, dem sie mit dem ganzen Werthe der edlen Gesinnung, die sie trägt, zu einer nicht gering zu schätzenden Probe dienen.

Weit mehr spekulative Energie findet sich dagegen auf der andern Seite des Gegensatzes die sich in dem Materialismus ausgeprägt hat. Die Härte der Konsequenzen darf nicht von der Anerkennung der großartigen Kühnheit des Princips abhalten, die ihre Verwandtschaft mit Spinoza nicht verläugnet. Der Monismus des Bewußtseins bei den Spiritualisten, in seiner Beschränkung auf das endliche Bewußtsein und moralische Gefühl, erscheint kleinlich gegenüber dem entgegengesetzten Monismus des Seins, dem man den Geist zu opfern kein Bedenken trug. Sehr treffend sagt Feuerbach [1]: „Gerade in dieser Entleerung und Entäußerung des Geistes, in dieser excentrischen Materialität, in diesem transcendenten, man möchte sagen, fanatischen Empirismus des Denkens liegt das Interessante und historisch Bedeutsame

1) Gesch. der neueren Philosophie. S. 93.

der materialiſtiſchen Syſteme.“ Uebereinſtimmend ſind ſie nun alle darin, daß ſie den Geiſt als ſelbſtändige Potenz läugnen und die Natur zu Allem in Allem machen, und der Unterſchied beſteht weiterhin nur in der mehr oder minder geiſtigen Auffaſſung der Natur. Mit dem ſchroffſten Mechanismus trat gleich zuerſt Hobbes auf, bei dem die Geiſtverachtung recht eigentlich zum Princip gemacht und in ſeiner Politik das Streben offenbar das iſt, den Staat zur ſelben Maſchine zu machen, als welche er die Natur betrachtet. Darin klingt, wie oft bemerkt iſt, der großartige Gedanke Spinoza's von der Aſeität des Staates an, nur ſo freilich, daß der Staat des Hobbes mit der ganzen Rohheit und Geiſtloſigkeit ſeiner Natur behaftet bleibt und der darin herrſchende allgemeine Wille nur die Quinteſſenz der darin abſorbirten natürlichen, d. h. vernunftloſen und ſchrankenloſen Begierden der Einzelnen iſt. Obgleich daher H. den Staat zu dem großen Leviathan macht, der alles natürliche Recht der Einzelnen vollkommen auffrißt und ihnen aus ſeiner ſchlechthin giltigen Willkühr ein neues ſetzt, ſo iſt er doch von dem Gedanken einer wahren Aſeität des Staates ſoweit entfernt, daß er es gerade iſt, welcher zuerſt denſelben aus einem vorausgeſetzten Naturzuſtande abzuleiten unternahm. Nur das empiriſche ſinnliche Individuum iſt Objekt ſeiner praktiſchen Philoſophie, daher er den Willen nur unter der Form der natürlichen Begierde, das Gute nur unter der Form des Angenehmen und Nützlichen, überall aber kein an und für ſich ſeiendes Sittliches kennt. So verächtlich nun jenes Individuum behandelt wird, wenn H. den Naturzuſtand als einen Krieg Aller gegen Alle ſchildert, als einen Zuſtand, aus dem man heraus müſſe, und wenn er ferner in dem Status civilis alle Einzelwillen mit einem Federſtrich auslöſcht, um ſofort nur die Willkühr des Herrſchers noch gelten zu laſſen, ſo findet ſich doch in dieſem Syſteme die ungeheure Ironie, daß die Entſtehung des gedachten Status civilis aus der vertragsmäßigen Uebereinkunft der Individuen hergeleitet wird. Obgleich nun dieſem Vertrage die Bedeutung beigelegt wird, daß dadurch jeder Einzelne als ſolcher ſeine Perſönlichkeit völlig hinopfre, um ſie an die Eine Perſon des Staats zu übertragen, ſo beſteht doch H. ausdrücklich darauf, daß der Staat nicht um ſeiner ſelbſt, ſondern um der Bürger willen gegründet ſei, daß die Menſchen ſich freiwillig unter ſein Joch begeben, um angenehm zu leben, und daß deshalb die Sorge für ihr Wohl die einzige und höchſte Pflicht der Herrſcher ſei[1]). Er ſucht nun zwar dieſes Wohl nur in der möglichſten Fülle des ſinnlich Angenehmen und deren ungeſtörtem Genuſſe; im Princip aber ſteht er jedem gleich, der den Staat als Anſtalt für die Glückſeligkeit des Individuums auffaßt, möge derſelbe auch dieſe Glückſeligkeit ebenſo geiſtig

1) De cive XIII. 2—4.

bestimmen, als sie bei H. sinnlich bestimmt wird. Das Strafrecht erscheint nun als Hauptheber in seiner Staatsmaschine. Das gemeine Wohl setzt Frieden, der Friede Gesetze, und die Gesetze Strafdrohungen voraus, ohne welche sie leere Worte wären. Die Strafdrohungen haben den Zweck, die Unterthanen durch Furcht vor dem die Lust am Verbrechen überwiegenden Strafübel zu dem anzuhalten, was der Machthaber will. Die Strafe bezieht sich daher nicht auf das Vergangene, sondern auf die Zukunft; sie hat die (politische) Besserung des Verbrechers und die Abschreckung der Uebrigen zum Ziel. Sie zu bestimmen, sowie anzuordnen, was als Verbrechen gelten soll, steht allein dem Machthaber zu, der aus dem Staatsvertrag hiezu das volle Recht erlangt hat, so daß die Unterthanen in der Strafe nur das erfahren, was sie selbst gewollt haben. Die Richtschnur der Machthaber ist hier, wie in Allem, das gemeine Wohl, welches ihm die genaue Vollziehung bestimmter und ein kluges Maß bei der Vollziehung unbestimmter Strafgesetze vorschreibt. Nur gegen den Atheismus und das Majestätsverbrechen ist der Machthaber an keine Schranke gebunden; solche Verbrecher hat er nicht als Ungehorsame gegen den Staatsvertrag, sondern als Feinde nach Kriegsrecht zu behandeln [1]). — Schroffer, als irgendwo, ward mithin hier schon das Wesen der relativen Theorie ausgedrückt. Es soll nicht um der Gerechtigkeit, sondern nur um politischer Zwecke willen (der Erhaltung der allgemeinen Sicherheit, resp. der Selbsterhaltung des Staats) gestraft werden. Die Strafe soll nicht Vergeltung seyn, wie sie es denn auch in einem Systeme, das die Freiheit des Willens läugnet, nicht seyn konnte, sondern nur ein Gegengewicht gegen die sinnliche Lust am Verbrechen, um den Menschen von der Störung des allgemeinen Wohls abzuhalten. Die Strafe ist hier also nicht nur von allem rechtlichen, sondern auch von allem moralischen Inhalte (s. §. 160—165) entleert, und lediglich auf das Moment des äußeren gemeinsamen Wohls bezogen. — Daß nun Hobbes, von dem sinnlich empirischen Individuum ausgehend, den Naturzustand für einen bestialischen erklärt und der Heerde von Bestien gegenüber, als welche ihm die Menschen erschienen, den Staat als den allein giltigen, Recht und Unrecht erst schaffenden Willen proklamirt hatte, war das Tiefsinnigste an seinem System, obwohl gerade dieser fanatisch durchgeführte Despotismus mit der Ableitung des Staats aus einem Vertrage und seiner Bestimmung, eine Anstalt zum Wohl der Individuen zu seyn, sonderbar kontrastiren mußte. Es war daher nicht zu verwundern, wenn Andere, wie Locke, von demselben Standpunkt anhebend, einen Staat zu konstruiren suchten, dessen Typus seinem Zwecke, zum Besten der Individuen zu dienen, weniger Hohn spräche. Auch

1) Ib III. 11. XIII. 16. XIV.

war die Berechtigung dazu durchaus vorhanden, ſobald der Wille in ſeiner Beſonderheit zum Princip geſetzt war, und ein allgemeiner Wille erſt durch die Uebereinkunft der beſondern entſtehen ſollte. Denn es ſchien nun doch viel natürlicher, daß die Individuen ſich einer beſchränkten, als einer unbeſchränkten Gewalt unterwerfen würden, und den fingirten Naturzuſtand nach Belieben anders auszumalen, als von Hobbes geſchehen war, hinderte nichts. — In der Hauptſache blieb indeſſen der ſofort beſonders in Frankreich ausgebildete Materialismus ſich konſtant, darin nämlich: die ideelle Subſtantialität des Sittlichen zu verneinen, und vielmehr im Rechte, wie in der Moral, von dem Individuum, als einem beſtimmten Gliede in der Reihe der Naturprodukte, auszugehen, dem ſein Wohl das einzige und höchſte Geſetz ſei, und welches eben in dem Beſtreben, dieſes ſein Wohl zu realiſiren, auf die Anerkennung gewiſſer moraliſchen und rechtlichen Geſetze und insbeſondere auf die vertragsmäßige Errichtung des Staats geführt werde [1]). Die Moralität war hiernach ebenſoſehr ein Produkt des egoiſtiſchen Intereſſes, das nur dann geſichert iſt, wenn es mit dem allgemeinen Intereſſe zuſammentrifft, als das rechtliche Zuſammenleben, das lediglich aus der Nothwendigkeit, die angeborenen Bedürfniſſe zu befriedigen, ſeinen Urſprung nimmt [2]). Dabei war es, wenn man den Menſchen eben nur als Naturweſen auffaßte, das nur durch das Geſetz der Selbſterhaltung regiert werde, ganz konſequent, den Naturzuſtand weder mit Hobbes als einen Zuſtand des allgemeinen Kriegs, der ja das Bewußtſein des jedem inwohnenden ſchrankenloſen natürlichen Rechtes vorausſetzte, noch als einen durch einen moraliſchen Geſelligkeitstrieb regierten, vielmehr als einen Zuſtand völliger Pflichtloſigkeit und Iſolirtheit, worin weder von Recht, noch von Unrecht die Rede ſeyn könne, vorzuſtellen. Denn, wenn das Recht nur im Vertrage ſein Daſein erhalten ſollte, ſo konnte es nicht ſchon dem Vertrage vorausgeſetzt werden [3]). Im Uebrigen kam es nun darauf an, welchen Inhalt man der Natur des Menſchen gab, da hiernach die Bedeutung des ſocialen Lebens und des Staats gegenüber dem Naturzuſtande eine verſchiedene ſeyn mußte. Je materialiſtiſcher man erſtere nahm, um ſo mehr mußten Kultur und Staat im Werthe ſteigen, während dieſelben einem idealiſtiſch aufgefaßten Naturzuſtande gegenüber die Bedeutung eines nothwendigen Uebels erhielten. Bei der Vieldeutigkeit des Princips des Wohls als eines Inbegriffs der mannigfaltigſten Intereſſen, von welchen man das eine oder das andere hervorheben konnte, iſt es

1) S. *Helvetius* de l'esprit. *Holbach* Morale universelle. *St. Lambert* Catech. de la morale universelle.

2) *Destutt de Tracy* Idéologie.

3) *Volney* Catéchisme du citoyen.

denn auch nicht zu verwundern, wenn der gemeinsame Gedanke, daß der Staat ein Produkt des menschlichen Willens zum Besten des Menschen oder der menschlichen Gesellschaft sei, in den verschiedenartigsten Auffassungen sich geltend machte, und wenn Systeme, die auf dem gleichen Boden mit den materialistischen stehen, in der Ausführung einen völlig abweichenden Charakter annahmen, wie dies ganz besonders bei Montesquieu der Fall war. Hatte dieser die intelligente Seite der Menschennatur vorzüglich ins Auge gefaßt, so zwar, daß man, abgesehen von dem Dualismus seiner Weltanschauung und der darin ausgesprochenen spekulativen Halbheit, fast versucht ist, seine Anknüpfung an den Naturzustand nur für einen Nothbehelf zu nehmen, während der Geist seines Systems den Keim einer substantialistischen Anschauungsweise zu enthalten scheint, — so blieb Rousseau zwar ganz bei der schon von Hobbes vorgezeichneten Deduktion, jedoch mit dem Unterschiede, daß er den Menschen als nicht mehr blos natürlichen, sondern als intelligenten Willen dem Staate voraussetzte. So hoch ihn aber dies über die Rohheit des Hobbesischen Absolutismus stellt, so ist doch die principielle Grundlage dieselbe und sein System nur die ideellere Phase des Systems des englischen Philosophen. Denn der bei Montesquieu überall durchscheinende Gedanke eines über die Einzelnen übergreifenden, sie zu seinen Organen depotenzirenden, allgemeinen Geistes ist gerade das, was er schneidend verneint, da ihm vielmehr die Willkühr des Individuums das Prius ist und der Staat nur als Produkt seiner verständigen Reflexion und freien Wahl zu Stande kommt. So sehr nun auch Rousseau den auf so schwankender Grundlage erbauten Staat zu befestigen sucht, so konnte doch von einem Aufopfern der einzelnen Persönlichkeit an die Eine des Staats schlechthin nicht mehr die Rede seyn, vielmehr erhielt der Staat dem Individuum gegenüber die Bedeutung eines nothwendigen Uebels, eines Geschöpfs, das seinem Schöpfer nicht über den Kopf wachsen dürfe [1]). Zwar hatte Rousseau selbst (wie dies später bei Fichte gegenüber den Anhängern der kritischen Philosophie sich wiederholte) noch eine zu energische Vorstellung von der Bestimmung des Staates, als daß der staatsfeindliche Egoismus bei ihm schon hätte irgend bedeutenden Raum gewinnen können, wie denn auch seine kurzen Bemerkungen über das Strafrecht rigoros genug klingen und geradezu die Brücke von Hobbes zu Fichte bilden [2]); denn er spricht es offen aus, daß durch Verbrechen der Staatsvertrag gebrochen und der Handelnde rechtlos werde, daher ihn der Staat nach Kriegsrecht behandeln dürfe, obwohl es auch in seiner

1) Vergl. *B. Constant* Cours de polit. constitut. I. 1. S. 173—176. *Comte* Traité de législ. I. c. 11. 12. *Rossi* I. c. 11.

2) Contrat social. II. 5.

Macht liege, denſelben zu erhalten, falls er ohne Gefahr für die öffentliche Sicherheit erhalten und noch irgendwie brauchbar verwendet werden könne, — allein der Keim des ſpäteren, centrifugalen Liberalismus lag gerade darin, daß bei Rouſſeau der Menſch als intelligenter Wille zum Prius des Staats gemacht war. Denn dieſer Gedanke führte nothwendig darauf, die Portion Freiheit, welche das Individuum abtreten mußte, um den Staatswillen zu bilden, immer kleiner und für die als Naturrecht vorausgeſetzte Freiheit und Gleichheit immer weniger unbequem zu machen. In der That erhielt ſich auch die Rechtsphiloſophie der romaniſchen Nationen auf der Grundlage des bei Rouſſeau am genialſten durchgeführten Syſtems, wenn gleich wieder verſchiedene Richtungen hervortraten, je nachdem Einige Montesquieu'ſche Elemente einmiſchten, wie Filangieri, Andere den Staatsabſolutismus Rouſſeau's durch Zurückgehen auf Locke's Naturrecht zu temperiren ſuchten, wie wiederum Filangieri, Beccaria[1]), Romagnoſi und noch neuſtens Carmignani, Andere endlich ſtreng bei dem ethiſchen Princip der Encyklopädiſten blieben und die moraliſchen Elemente Rouſſeau's wieder ausſchieden, wie Bentham und ſeine franzöſiſchen Jünger [2]). Zwar liegen dieſe Richtungen vielfach im Streite miteinander; aber der Streit dreht ſich um untergeordnete Punkte, wie um die Denkbarkeit eines Naturzuſtands, und zwar eines iſolirten, oder nur eines außerſtaatlichen, oder darum, ob der Menſch ſchon vor dem Staatsvertrag ein gewiſſes Quantum von Recht gehabt habe, welcher Bruchtheil der natürlichen Freiheit zur Bildung des Staatswillens habe verwendet werden müſſen, in welchem Verhältniß das Einzelwohl zum allgemeinen ſtehe, welcher Zweck hiernach beim Strafrecht vorwalten müſſe, ob die Selbſterhaltung des Ganzen, ob die Sicherheit der Mehrheit, die Beſſerung des Einzelnen u. ſ. f.? Was ſie alle gemeinſam haben, — und was bei Manchen nur deshalb minder in's Licht tritt, weil ſie den ſtrengen Gang der Spekulation durch allerlei moraliſche, religiöſe und ſonſtige Flankenbewegungen unterbrechen, — iſt die Verneinung des aus ſich ſelbſt ſeienden objektiv-ſittlichen Geiſtes und ſeiner organiſch-nothwendigen Entwicklung, in welcher allerdings das Recht nur als das Wohl des Individuums und nur durch dieſes zur Exiſtenz kommen kann, gleichwohl aber ein in ſich Weſenhaftes und von der Willkühr des erſcheinenden Willens Unabhängiges iſt. Von dieſer Erkenntniß ſind ſie bald durch eine materialiſtiſche, bald wenigſtens durch eine dualiſtiſche Weltanſicht ferngehalten, welche zwar den Urſprung der Rechtsidee in der (endlichen)

1) Ueber die Menge ſeiner Anhänger in Frankreich ſ. Böhmers Hdb. der Literat. S. 207—231 beſonders vgl. *Bristot de Warville* Bibl. philosophique du législateur etc.

2) Warnkönig in der krit. Ztſchr. f. Rechtswiſſenſchaft des Ausl. I. S. 451. II. S. 283 ff. Mittermaier ebend. III. S. 455.

Vernunft anerkennt, ſogar von einem unabänderlichen natürlichen (Privat-) Rechte ſpricht, aber gleichwohl den Staat daneben als ein Naturprodukt beſtehen läßt, für welches jenes urſprüngliche Vernunftrecht nur das negative oder regulative Princip bilden ſoll [1]). Das ſpekulative Prius für Alle bildet die natürliche, ſchrankenloſe Freiheit des Individuums, möge nun dieſe Freiheit ſchon als Recht gedacht werden, oder nicht; und der Staat entſteht nur durch eine theilweiſe Aufopferung dieſer Freiheit behufs der gewiſſeren Erhaltung des Reſtes, möge nun dieſem Staate ein wirklicher Naturzuſtand vorausgeſetzt werden oder nicht, möge ſeine Entſtehung einem Naturbedürfniß oder einem willkührlichen Entſchluſſe zugeſchrieben, möge mehr Gewicht auf den Geſammt- oder den Einzelwillen gelegt werden. Immer erſcheint der Staat und ſeine rechtlichen Inſtitutionen nur als eine Sache des Wohls der Individuen, als eine Anſtalt zu Beförderung ihrer Sicherheit und Glückſeligkeit (in welche Funktionen ſich Recht und Polizei zu theilen haben). Das Strafrecht hat ihnen daher ſammt und ſonders keine Nothwendigkeit in ſich; das Verbrechen gilt ihnen nur als gefährliche Handlung, welche die gemeine Wohlfahrt bedroht und deshalb nicht zu dulden iſt. Am unmittelbarſten ſpricht ſich dies, als direkte Folgerung aus Rouſſeau's Principien, bei Beccaria aus, der zugleich entſchieden die, von jenem abweichende, ſtaatsfeindliche Richtung nimmt und eben deßhalb, weil jeder im Staatsvertrage nur den möglichſt kleinſten Theil ſeiner natürlichen Freiheit habe opfern und insbeſondre damit nicht über ſein Leben disponiren können, gegen die Todesſtrafe auftritt. Als Zweck der Strafe giebt er die Sicherung der Geſellſchaft vor weiteren Uebelthaten deſſelben Verbrechers, und die Abſchreckung der Uebrigen an. Die Gerechtigkeit iſt ihm mit dem allgemeinen Wohle, und dieſes mit dem aller Einzelnen oder wenigſtens dem wohlverſtandenen Intereſſe der Mehrheit identiſch. Als Mittel hiezu ſieht er die Strafe an, die nichts Anderes ſeyn ſoll, als ein wirkſames Gegengewicht gegen die der Geſellſchaft gefährliche Luſt am Verbrechen, berechnet auf die ſinnliche Natur des Menſchen, welcher das größere Uebel der geringeren Luſt vorzieht [2]). Das hier offen ausgeſprochene Utilitätsprincip bleibt aber daſſelbe auch bei den Uebrigen, die zugleich noch einen Rechtsgrund für die Strafe ſuchen und von einem dem Staat vorhergehenden Naturrechte, das ſie freilich auf die verſchiedenſte Weiſe beſtimmen, und das letztlich auf den Grundſatz der urſprünglichen Gleichheit hinausläuft, zu reden wiſſen, — ein Recht, das immer hypothetiſcher wird, je mehr die Anſicht ſich durch-

---

1) Carmignani I. S. 36—96. III. S. 47 ff. vgl. *B. Constant* Komm. zu Filangieri I. S. 46 ff.

2) Dei delitti e delle pene cap. 2. 15. 38.

Digitized by Google

dringend erweist, daß die Natur den Menschen von Anfang an in den gesellschaftlichen Zustand gesetzt habe, womit denn der Begriff des gemeinen Wohls nothwendig das Uebergewicht über den des individuellen erhielt und folgeweise das natürliche Recht des Individuums, das als das Prius fingirt war, immer luftigerer Natur wurde, insbesondere wenn man das Hauptprincip, die Entstehung des Staats durch Vertrag, (wie von Carmignani [1]) geschieht) aufgab. Um so gewisser blieb aber in jenen romanischen Theorieen das Utilitätsprincip in seiner Macht, da selbst die beiden, am meisten einer substantiellen ethischen Ansicht zugeneigten Geister, Montesquieu und Viko dasselbe wenigstens zuließen, — übrigens nur aus demselben Grunde, aus welchem auch die tiefer denkenden italienischen Philosophen der Gegenwart dasselbe beibehalten zu müssen glauben [2]), weil ihnen die Idee der absoluten Sittlichkeit in der Form der Subjektivität aufgeht und mithin der Begriff ihrer adäquaten Objektivirung in der Welt des Rechts und Staates fehlt, was freilich mit dem Dualismus der gesammten Weltanschauung zusammenhängt, die den Katholicismus nicht verläugnen will oder kann. So tritt denn insbesondre das Utilitätsprincip auch bei Filangieri auf, obgleich er einerseits Montesquieu'sche Gedanken entlehnt und andrerseits ein außergesellschaftliches Recht annimmt. Zwar verwirft er den Naturzustand, falls der Mensch isolirt vorgestellt werde, wohl aber nimmt er einen gesellschaftlichen Naturzustand an, aus welchem erst durch Uebereinkunft als nothwendiges Uebel der Staat hervorgegangen sei [3]). Dessen Zweck ist ihm die Erhaltung und die Sicherheit seiner Mitglieder, und eben hiezu dient ihm als Mittel das Strafrecht. Dagegen weicht er darin von Rousseau ab, daß er das Recht nicht erst mit dem Gesellschaftsvertrag entstehen läßt, sondern ein Naturrecht annimmt, das auch unabhängig vom Staate zur Bestrafung ungerechter Angriffe berechtige, — eine Annahme, die freilich Postulat bleibt, wie bei Locke, von welchem sie entlehnt ist, weil das Recht, sobald ihm nicht ein über dem Individuum stehender allgemeiner Wille, sondern nur der gemeinsame Wille der Individuen zur Quelle gegeben wird, nicht schon vor der Uebereinkunft existirt haben kann, die Behauptung aber, daß es in der menschlichen Natur vorgezeichnet gewesen sei, entweder das Vertragsprincip zerstört, oder eine leere, mit dem System unvereinbare Behauptung bleibt [4]). Daher ist auch die Kontroverse gegen Beccaria, ob ein Staatsvertrag dem Individuum das Recht, sich strafen zu

1) Delle leggi della sicurezza. I. cap. 10.

2) S. die interessanten Briefe zwischen dem Grafen *Mamiani* und *Mancini*. Neapel, 1841.

3) Scienza della legislazione. I. c. 1.

4) S. auch *Rossi* l. c. 10.

Digitized by Google

laſſen, oder das Recht, Andre zu ſtrafen, übertragen habe, unweſentlich. Das wirkliche Recht iſt auch für Filangieri bloßes Mittel für den Zweck des gemeinen Wohls, keine um ihrer ſelbſt willen zu realiſirende Angelegenheit. Die Allgemeinheit iſt auch ihm nur das gemeinſame Intereſſe der Individuen. Zwar ſtellt er den Satz der Vergeltung auf, indem er ſagt: durch den Geſellſchaftsvertrag erhalte das Individuum ſeine Rechte, deren Inbegriff ſeine Erhaltung und Sicherheit ausmache; da nun die Geſetze lauter ſociale Verträge ſeien, ſo enthalte jedes Verbrechen den Bruch eines ſolchen Vertrags; indem aber das Individuum jene Rechte nur unter der Bedingung habe, daß es ſeinerſeits ſeine Verpflichtungen aus dem Vertrage erfülle, ſo verliere es durch den Vertragsbruch ſeine Rechte, und zwar mehr oder weniger je nach der Gefährlichkeit des Verbrechens für die Geſellſchaft. Gleichwohl genügt ihm dieſe Deduktion nicht, ſondern er beruft ſich fernerhin darauf, daß die Geſellſchaft das Recht zu ſtrafen als nothwendiges Mittel für ihren Zweck haben müſſe. Und nur hieraus bildet ſich ihm das Weſen der Strafe, das ihm das gleiche iſt, wie dem Beccaria, nämlich Prävention und Abſchreckung, wobei er übrigens die treffende Bemerkung macht, daß mit der Vervollkommnung der Geſellſchaft die Möglichkeit, die Strafen zu mildern, zunehme, weil dann die geſellſchaftlichen Rechte im Preiſe ſteigen und die Furcht, ſie zu verlieren, bei den Individuen größer werde [1]). Jedenfalls liegt das Beſſerungsprincip, wenn gleich nicht ausgeſprochen, doch gewiß im Geiſte der Theorieen von Beccaria und Filangieri. Aufrichtiger, konſequenter und kühner, als letzterer, den er vielfach bekämpft, geht Romagnoſi zu Werk, indem er ſich für die Exiſtenz eines natürlichen Rechts auf keinen moraliſchen Sinn mehr beruft, daher auch von keinem Naturrechte im Sinne von Locke mehr wiſſen will, deſſen Beſtätigung willkührlich der Willkühr im Staatsvertrag zugemuthet wird, vielmehr es offen heraus ſagt, daß ihm Recht und Wohl identiſch ſeien, daß es für ihn kein Recht gebe, als die Forderungen des Einzelwohls und des geſellſchaftlichen Wohls. Es iſt daher nicht treffend, wenn man ihn andern Utilitarien gegenüber ſtellt, weil er denn doch von einem Rechte (dem Rechte der Vertheidigung) ausgehe. Denn, wenn allerdings Filangieri unter Naturrecht noch etwas Abſolutes verſteht, was er freilich weder zu deduciren, noch zu placiren, noch in ſeinem Weſen zu begreifen weiß, ſo iſt bei Romagnoſi auch jenes Recht der Vertheidigung nur dem Namen nach ein ſolches, in der That aber bloß eine faktiſche Konſequenz aus dem Naturgeſetze der Gleichheit aller mit dem gleichen Trieb nach Selbſterhaltung und Glückſeligkeit begabten Individuen, die ganz mechaniſch

1) A. a. O. III c. 25—27. 29.

deducirte Aeußerung einer Naturkraft, welche durch Aufhebung des Gleichgewichts gegenüber von einer relativ aufgehobenen fremden Kraft entſteht. Die Rechtsüberlegenheit, welche er dem ungerecht Angegriffenen zuſchreibt, iſt nur eine Ueberlegenheit der natürlichen Kraft der Selbſterhaltung; desgleichen iſt die Rechtsüberlegenheit des ſtrafenden Staats nur die natürliche Ueberlegenheit der Kraft der Erhaltung der allgemeinen Glückſeligkeit, welche durch die Störung des naturgeſetzlichen Gleichgewichts gegenüber der relativ aufgehobenen Kraft eines Einzelnen entſteht. Es iſt ſehr ſcharfſinnig, daß R. nur dem unmittelbar Angegriffenen und nur behufs der Abwehr des Angriffs das Recht der Reaktion giebt, da ihm ja das Recht überall nichts anderes iſt, als das Mittel zur Erfüllung des Naturgeſetzes der Selbſterhaltung, die Ausübung dieſes Rechts aber durch die Nothwendigkeit der Vertheidigung bedingt iſt. Desgleichen iſt es ſcharfſinnig, daß er einerſeits das Recht der Vertheidigung, wie geſagt, auf den Fall drohender Gefahr beſchränkt, andrerſeits jedes Strafrecht (d. h. jede Verletzung des natürlichen Gleichheits-Geſetzes) verwirft, das nicht auf das Recht der Vertheidigung ſich gründe, — und eben darum nun den Beweis unternimmt, daß auch jeder zu Ende gebrachte Angriff, gegen den zu reagiren dem Einzelnen nicht zuſteht, der Geſellſchaft gegenüber eine gegenwärtige Gefahr drohe. Es iſt ferner ſehr treffend, daß er die Geſellſchaft ſelbſt als die Quelle der Reize zum Verbrechen bezeichnet, und eben darum derſelben, weil ſie ſelbſt unentbehrlich iſt, auch das unentbehrliche Mittel, dieſem ſteten Reize entgegenzuwirken, nicht vorenthalten kann. Obgleich daher die Ausübung des Strafrechts durch ein begangenes Verbrechen bedingt iſt (weil nur dadurch die geforderte Rechtsüberlegenheit für die ſich vertheidigende Geſellſchaft entſteht), ſo iſt doch ſein Zweck lediglich auf die Zukunft gerichtet, Vertheidigung der Geſellſchaft gegen Störungen des Einzel- und Geſammt-Wohls [1]). Ohne Zweifel iſt in dieſem Syſteme das Princip des Wohls, als das einzig giltige und das des Rechts erſt aus ſich ſetzende, mit ſeltenem Scharfſinne durchgeführt [2]). Wenn es einerſeits gegen Rouſſeau einen Rückſchritt zu machen ſcheint, ſofern das Princip des Vertrags, d. h. der Schöpfung des Rechts als einer freien That, verworfen wird, ſo ſchreitet es andrerſeits darin vor, daß es dem Rechtsganzen den (freilich nur den natürlichen) Willen der Gattung zur Grundlage giebt und, indem es die allgemeine Glückſeligkeit nur für die Summe der Einzelwohle erklärt, gleichwohl das Individuum — zwar nicht unter der Form des Rechts, wohl aber unter der

1) Geneſis des Strafrechts Theil 1 und 2.

2) *Rossi* in der krit. Ztſchr. für Rechtswiſſ. und Geſetzgebung des Auslandes. III. Nr. 12. vgl. aber auch Traité I. c. 9. Skarl in Wagners Ztſchr. 1828 III. S. 165 ff. und *Rosmini* Filos. del diritto I. S. 698. ff.

des Wohls — zum schöpferischen Principe macht. Ueber diesen Standpunkt ist in der That auch Carmignani nicht hinausgekommen, da er wenigstens das Strafrecht wesentlich auf die gleiche Weise aus dem Vertheidigungsrechte ableitet, es als Vertheidigungsrecht der Gesellschaft konstruirt und ihm den Präventionszweck zum Princip giebt. Daß er nicht vom Nutzen der Gesellschaft spricht, sondern dem Nutzen die Nothwendigkeit substituirt, ist ohne Bedeutung, da er diese Nothwendigkeit, selbst nur als eine relative, d. h. um des Besten der Gesellschaft willen vorhandene schildert, und ausdrücklich das politische Recht als ein eigenthümliches Produkt der naturgemäßen Sociabilität bezeichnet, mithin demselben die empirische Existenz der Gattung (die sensitive Natur des Menschen) und ihr Interesse zur Basis giebt. Gleichwohl gehört er einer Periode des Fortschritts an, da er, nur in andrer Weise, als Rossi, eine Vermittlung des Utilitätsprincips mit dem moralischen herzustellen sich bemüht, daher er denn dem empirisch-begründeten politischen Rechte ein der Moral beigezähltes Naturrecht oder Vernunftrecht zum regulativen Principe giebt. Indessen zeigt eben dieser Ausweg, daß hier von einer wirklichen Vermittlung nicht die Rede ist, vielmehr nur ein Dualismus von Principien zu Stande kommt, bei welchem die Vernunft, die ohnedies nur als endliche aufgefaßt ist, in der negativen Stellung, die ihr eingeräumt wird, nothwendig den Kürzeren ziehen muß, daher denn auch das ganze System mit seinem Schwerpunkte offenbar noch in die Periode des Materialismus fällt, welchem der schöpferische Begriff in der Welt der objektiven Sittlichkeit das Wohl als solches ist [1]). — Ohne solchen Dualismus, der überdies noch nicht einmal auf der Höhe des kantischen steht, sondern seine deutschen Repräsentanten in der Schule des vorkantischen Naturrechts hat, ist das Princip des Interesses in seiner ganzen Schärfe durchgeführt worden von Bentham. Er ist ohne Zweifel der spekulativste unter allen Genannten, da er mit weit mehr Entschiedenheit, als Romagnosi, die edle Inkonsequenz Rousseaus, die intelligente Freiheit des Geistes in einem von Grund aus materialistischen Systeme zuzulassen, verwirft, und vielmehr die gesammte sittliche Welt mit der unerbittlichen Konsequenz eines seltenen Scharfsinns schlechthin unter die Kategorie des Mechanismus bringt. Da Rousseau vom Individuum ausgieng, so konnte er nicht den Willen in seiner wahren Allgemeinheit, sondern denselben nur in der Form der multiplicirten Willkühr zum Schöpfer von Recht und Staat, mußte aber ebendeshalb diese zum Mittel für die Zwecke des Individuums machen und sofort gerade da schwankend werden, wo am meisten Festigkeit Noth gethan hätte, bei der Grenzbestimmung zwischen dem Ein-

1) *Mancini* in den o. a. Briefen a. E.

Digitized by Google

zelwohl und Gemeinwohl, wie denn auch gerade ſeine Aeußerungen über das Strafrecht an dieſem Mangel höchſt fühlbar leiden [1]). Obgleich aber die Nothwendigkeit, bei einem ſolchen Syſteme den Begriff des Rechts in dem des Wohls ſich abſorbiren zu ſehen, gerade bei der Konſequenz Rouſſeau's einleuchtend hervorgieng, ſo haben doch nicht nur Beccaria und Filangieri, ſondern ſelbſt noch Romagnoſi und Carmignani den Begriff des Rechts nicht fahren laſſen wollen, ſo deutlich auch erhellt, daß er entweder nur mittelſt gehaltloſer Abſtraktionen oder auf Koſten der Einheit des Princips eingeführt, in keinem Falle aber in ſeinem Weſen begriffen und fruchtbar gemacht werden konnte, wie er denn bei dem Scharfſinnigſten unter den Genannten, Romagnoſi, in der That faſt nur noch dem Namen nach vorkommt, während er in Wahrheit nur noch die naturgeſetzliche Gleichheit der individuellen Willensatome ausdrückt. Deshalb iſt es ein Beweis ſpekulativer Kraft, daß Bentham jene Stütze als völlig unbrauchbar wegwirft, und, was bei den Uebrigen nur als nothwendige Konſequenz, die ſie zu verläugnen ſtreben, hervorgeht, geradezu ausſpricht: das Recht ſei nichts an und für ſich, ſondern bloßes Mittel für die Zwecke des Wohls. Geht man einmal vom empiriſchen Individuum aus, ſo kann man ſich allerdings daſſelbe nicht iſolirt, ſondern muß es als Theil eines geſellſchaftlichen Ganzen denken, welches ebenſowohl von Natur da iſt, als das Individuum. Mit Recht verwirft daher Bentham den Naturzuſtand und das Princip des Vertrags als Sophismen; um ſo mehr mit Recht, als in der That weder die Exiſtenz der Geſellſchaft ſolcher Deduktionen bedarf, noch auch in der That dieſe Prämiſſen geeignet ſind, zur Erkenntniß des wahren Weſens derſelben zu führen. Die Betrachtung des Menſchen als eines freien Weſens erſcheint als eine durchaus einſeitige, da der empiriſche Menſch, als Princip genommen, vielmehr eine Totalität von noch ganz andern Momenten bildet, die, als Summe ſeiner Exiſtenz, ſein Wohl ausmachen. Iſt mithin das Geſetz der Natur das einzige reelle, ſo iſt auch das höchſte Geſetz für den Menſchen nur ſein Wohl, ſeine Glückſeligkeit. Die Geſellſchaft iſt aber nur das Kollektivganze der Einzelnen und muß daher daſſelbe Geſetz haben, nämlich ihr Wohl, und eben damit das Wohl der möglichſt größten Anzahl ihrer Mitglieder zu realiſiren. Erſt durch die dieſem Zwecke gemäß von der Geſellſchaft erlaſſenen Geſetze entſteht das Recht und hiemit auch das Strafrecht, als das unentbehrliche Mittel zur Selbſterhaltung der Geſellſchaft gegen die ihrem Wohl gefährlichen Handlungen der Einzelnen, zwar ein an ſich niedriges und allen edleren

1) S. *Rossi* l. c. 11. Eben in Beziehung auf jenen Grenzpunkt tritt auch B. Conſtant gegen Rouſſeau auf, wobei er ebenſoſehr Recht als Unrecht hat, da beide von dem freien Individuum ausgehen, und der Gedanke der Subſtantialität von Recht und Staat bei Conſtant nur als Ahnung, nicht als Princip auftritt.

Gefühlen widerſtrebendes Mittel, das aber, als unentbehrliches Opfer für das allgemeine Wohl betrachtet, ſich zum höchſten Rang der öffentlichen Wohlthaten erhebt. Eben dieſe Entſchiedenheit, womit B. das Wohl zum einzigen und höchſten Grundſatz macht, giebt nun auch ſeinem Strafrechtsſyſtem den ungemeinen Vortheil, ſich nicht in irgend einem beſchränkten Zwecke abzuſchließen, ſondern eine Mannigfaltigkeit von Zwecken zuzulaſſen, deren gegenſeitige Abwägung zu einer ebenſoſehr das Wohl des Ganzen, als das des Einzelnen und inſonderheit des Verbrechers ſelbſt in's Auge faſſenden Oekonomie des Syſtems führt. Er nennt Generalprävention, theils durch Androhung, theils durch Vollziehung der Strafe, und Specialprävention, theils durch Unſchädlichmachung, theils durch Einſchüchterung, theils durch Beſſerung des Verbrechers. Nimmt man nun hinzu, daß er das geſammte Strafrecht als Mittel der Selbſterhaltung des Ganzen auffaßt, ſo hat man hier alle Zwecke beiſammen, die dem Begriffe des Wohls abgewonnen werden können, und Bentham erſcheint nicht nur als der konſequenteſte, ſondern auch als der vollſtändigſte Vertheidiger eines Princips, das, obgleich in ſeiner Einſeitigkeit unwahr, doch als Moment unentbehrlich und inſonderheit für die Geſetzgebungspolitik vom höchſten Werthe iſt [1]). Insbeſondere iſt mit Anerkennung die Hervorhebung des Beſſerungsprincips zu bemerken, welches freilich auch ſchon im Geiſte der früheren Theorieen lag, aber doch, wie in der Geſchichte des Strafrechts ſelbſt, ſo auch in der Entwicklung des Princips der Prävention, erſt als Gegengewicht gegen das zunächſt ſich darbietende Abſchreckungsſyſtem hervortreten konnte. Gerade das Beſſerungsprincip nun, wie es aus der Theorie des Wohls abgeleitet und in die genauſte Verbindung mit dem Abhaltungsſyſtem gebracht war, hat die ſegensreichſten praktiſchen Folgen getragen, wie das Aufblühen des Pönitentiarſyſtems in der Theorie und im Leben beweiſt [2]).

Der deutſche Kriticismus nahm in Kant das Problem aller modernen Philoſophie in ſeiner ganzen Tiefe vor ſich, indem er die Verbindung der von den beiden beſprochenen Richtungen je als Totalität geltend gemachten Glieder des Gegenſatzes, d. h. die Möglichkeit überhaupt, dem Seyn durch das Denken beizukommen, zum Gegenſtande der Unterſuchung machte. Dieſe Wendung iſt eine ſo großartige, daß ihre Wirkung ſich nicht innerhalb der deutſchen Philoſophie verlaufen konnte; vielmehr zeigt die Geſchichte der neueren Philoſophie in Frankreich und Italien augenſcheinlich, daß alle ſpekulativen Köpfe auch

1) Traité de législation und Théorie des peines. Vgl. *Ahrens* Cours de droit naturel. S. 41—53. durch ihn blühte beſonders in Frankreich die materialiſtiſche Schule neu auf (*Comte, Rey, Dunoyer* u. A.) theilweiſe als Gegnerin von *Rousseau* (wegen ſeines ſpiritualiſtiſchen Elements).

2) S. die Schriften von *Roscoe, Rush, Bradford, Howard* ꝛc.

Digitized by Google

dort in den Unterſuchungen Kant's den Angel- und Wendepunkt aller modernen Philoſophie erkennen: Indeſſen hat nun die Kantiſche Lehre das Eigenthümliche, daß ſie zwei weſentlich verſchiedenen Perioden angehört, indem ſie einerſeits Kriticismus iſt, andrerſeits — und zwar eben in ihrem praktiſchen Theile — den Anfang einer neuen Konſtruktion macht, die übrigens erſt durch Fichte zum Syſteme des ſubjektiven Idealismus vollſtändig ausgebildet iſt. Dieſer Dualismus in der Kantiſchen Philoſophie, der ſie ſo weſentlich charakteriſirt und insbeſondere in ſeiner Rechtslehre in Konſequenzen greifbar iſt, die nicht ſelten ſogar einen Nachlaß der ſpekulativen Kraft verrathen, iſt zwar von Männern, wie Fichte, Feuerbach, Grolman, wohl erkannt, dagegen von heutigen Geſchichtſchreibern der Strafrechtsphiloſophie ſo ſehr überſehen worden, daß allein ſchon dieſer Mangel zeigt, wie es ihnen an allem ſpekulativen Bewußtſein fehlt: nur jener Dualismus erklärt es, wie nicht nur Kant ſelbſt auf die Grundlage ſeiner Rechtslehre ein Strafrechtsprincip ſetzen konnte, das, abgeſehen von dem Dürftigkeitszeugniß, welches es ſich durch die Berufung auf den kategoriſchen Imperativ ſtellt, eben mit den Grundprincipien des Syſtems im Widerſpruch ſteht, ſondern auch auf dieſem Irrwege eine ganze Reihe von Jüngern finden konnte (Beck, Tieftrunk, Bergk, Zachariä, Tafinger u. A.) [1]); und wie dagegen der Geiſt ſeiner Rechtslehre, ihm ſelbſt gleichſam unter der Hand entſchlüpfend, bei Fichte, Feuerbach, Grolman u. A. erſt zu ſeiner ureigenen Entfaltung kam.

Wie Rouſſeau, ſo hat auch Kant das unſterbliche Verdienſt [2]), den Begriff des Rechts auf den Willen gegründet zu haben. Während aber jener keinen Zweifel darüber ließ, daß er vom endlichen Willen ausgehe und daher ein allgemeiner Wille nur durch Vertrag entſtehen könne, ſo ließ Kant dieſe Konſequenz in ihrer vollen Schärfe erſt ſeinen ebenbürtigen Schülern zu ziehen übrig, während ſeine eigene Rechtslehre, wie auch von Stahl richtig bemerkt iſt, zwiſchen dem an und für ſich ſeienden Vernunftwillen, der dann die kategoriſchen Imperative ſchafft, und dem vertragsmäßigen Kollektivwillen der Individuen dualiſtiſch in der Schwebe bleibt und eben deshalb zu ſo zweideutigen Folgerungen weiter geſponnen werden konnte. Der ſpekulative Kern ſeiner Lehre nun, wie er in dem ſubjektiven Idealismus zu ſeiner adäquaten Durchführung kam, iſt dies: der Primat der praktiſchen Vernunft über die theoretiſche mußte zu vollſtändiger Anerkennung gebracht werden, was dadurch geſchah, daß das Ich zur Totalität gemacht wurde und als praktiſches Ich eben die Schranke ſelbſt ſetzte,

2) Vgl. Grolman über die Begründung des Strafrechts. S. 216 ff.
3) A. M. Warnkönig, Rechtsphiloſ. S. 134.

Digitized by Google

welche es als theoretiſches anerkennen mußte. Während mithin Kant die Freiheit des Ichs als Vermögen, einen Zuſtand abſolut anzufangen, aus dem Vernunftgebote, das Sittlichgute zu wollen, folgen läßt, außer dem Ich noch eine reale (wenn auch in ihrem Anſich nicht erkennbare) Welt annimmt, ſofort auch das Geſetz für das Handeln in dieſer Welt als ein Vernunftgeſetz, die äußere Freiheit nur als Mittel für die innere darſtellt, — ſo ſpricht Fichte vielmehr aus, daß die Freiheit das Ich ſelbſt, das Ich das allein Reale, die Geſetze ſeines Handelns nur ſeine eigene Natur, die äußere Freiheit daher gleichfalls ein Ausfluß dieſer Natur, und das Rechtsgeſetz nur ein Produkt ſeines Willens ſei. Hiemit war denn alle Zweideutigkeit der Kantiſchen Rechtslehre abgeſchnitten und das Vertragsprincip in derſelben Reinheit, wie bei Rouſſeau, zur Grundlage gemacht. Eine eigenthümliche Mittelſtellung zwiſchen Kant und Fichte ſuchte zwar Feuerbach einzunehmen, indem er mit letzterem von dem Individuum ausgieng und die Unthunlichkeit der Ableitung des Rechtsgeſetzes aus dem Sittengeſetze einſah, dagegen doch mit Kant das Rechtsgeſetz überhaupt auf die praktiſche Vernunft gründen wollte, und hiezu eine eigene, ſog. juridiſche Vernunft erfand [1]); allein dieſe Mittelſtellung läßt Feuerbach in Bezug auf den Nerv der ganzen Rechts- und Staatsphiloſophie doch auf Fichte's Seite treten, wenn gleich gerade der Hauptpunkt ſeiner Strafrechtsphiloſophie, ſeine Imputationslehre, den Kantiſchen Dualismus zwiſchen theoretiſcher und praktiſcher Philoſophie nicht verläugnet [2]). Obgleich nun aber der ſubjektive Idealismus, gleich der Rouſſeau'ſchen Schule, Recht und Staat auf das Princip des Vertrags gründet, ſo findet ſich dennoch die weſentlichſte Divergenz zwiſchen beiden Schulen. Denn das Ich des Idealismus iſt eben nicht das empiriſche Individuum des Materialismus, daher auch die Schöpfung des allgemeinen Willens im einen Falle eine durchaus andre, als im andern. Jenes Ich iſt das zur Offenbarung der abſoluten Kauſalität des ſittlichen Triebs berufene [3]), das um der Erfüllung ſeines Zwecks willen eine Wechſelwirkung Aller mit Allen behufs der Erzielung der Uebereinſtimmung zu derſelben praktiſchen Ueberzeugung und zu einer derſelben angemeſſenen Gleichförmigkeit des Handelns, hiemit das Zuſammenleben in Kirche und Staat fordert [4]), obgleich der Staat ſelbſt eine vom Sittengeſetze unabhängige Begründung haben muß [5]). Der Grund mithin, aus welchem das Ich des Idealismus ſeine Freiheit behufs der Produktion des Rechtsgeſetzes

1) Kritik des natürlichen Rechts. S. 237 ff.
2) Reviſion I. S. 150—176. 319—323 II. S. 146 ff.
3) Fichte, Sittenlehre S. 78 ff.
4) A. a. O. S. 274 ff.
5) Fichte, Naturrecht I. S. 1—54.

Digitized by Google

beſchränkt, iſt ein weſentlich andrer, als bei den Materialiſten. Es iſt ihm um die Herrſchaft des Rechtsgeſetzes als ſolchen, als des einzigen Mittels, welches das Zuſammenleben freier vernünftiger Weſen möglich macht, zu thun; und obgleich die Herſtellung des Rechtszuſtands eben nur von der Freiheit ausgehen und nur durch den vertragsmäßigen Zwang ſeine Garantie ſuchen kann, ſo iſt darum doch dieſer Zuſtand nicht etwa nur ein nothwendiges Uebel, eine Feſſel und Schmach für die Freiheit, ſondern im Gegentheil das nothwendige Medium ihrer Exiſtenz und ein Mittel zur Erreichung des höchſten ſittlichen Zwecks. Zwar iſt auch hier der Rechtsidee aller ſubſtantielle Gehalt entzogen und dieſelbe auf's Entſchiedenſte von der Moral abgetrennt; es iſt auch hier als nächſter Zweck für die Entſtehung des Staats nur die Sicherheit der Perſon und des Eigenthums aufgeſtellt, Recht und Staat ſind auch hier zur Accidentalität und zum bloßen Produkte herabgeſetzt, daher auch dieſelben Strafzwecke, wie bei den ausländiſchen Schulen, auftreten und ſogar ausdrückliche Berufungen auf dieſe vorkommen[1]); — allein gleichwohl iſt der Geiſt der idealiſtiſchen Schule ein weſentlich andrer. Denn das Ich, als deſſen Produkt und Intereſſe hier Recht und Staat erzeugt werden, iſt nicht das empiriſche, in der Totalität ſeiner zufälligen Beſonderheit und ſeiner beliebigen Intereſſen anerkannte, egoiſtiſch nach ſeinem Wohle ſtrebende, nach dieſem Alles meſſende und dieſem Alles unterordnende Ich der romaniſchen Philoſophen. Vielmehr zeigen ja die philoſophiſch-geſchichtlichen Prämiſſen jenes Ichs, daß es gerade im Gegentheil die in die Subjectivität ſublimirte Subſtanz ſelbſt, daher auch ſeine Freiheit dieſem ſeinem Weſen gemäß kein blindes Kind der Natur, ſondern eine vernünftige Tochter des Geiſtes iſt, und ebendeshalb ihr Produkt einen andern Charakter haben muß, als das einfache oder multiplicirte empiriſche Wohl des Individuums. Dieſer idealeren Auffaſſung ſtand zwar gerade Rouſſeau nicht ſo fern. Aber er vermochte ſie nicht zu begründen, weil er ſein Ich aus dem Materialismus nahm, während das Ich Fichte's aus der Kantiſchen Vernunftkritik hervorgegangen war. Obgleich mithin der Staat des ſubjektiven Idealismus ſeine Garantie nur in dem vertragsmäßig ausgeübten Zwange ſucht und inſofern als ein Ding niedrer Ordnung gegenüber der unter der Regel des Sittengeſetzes lebend gedachten Gemeine bildet, ſo iſt es doch charakteriſtiſch, daß bei Kant jenes Zwangsinſtitut geradezu aus dem Sittengeſetze ſelbſt deducirt, bei Fichte dagegen zwar der Produktion durch die Freiheit anheim gegeben, aber theils für die vorläufig unumgängliche Regel des

1) Z. B. von Feuerbach auf Bentham, von Grolman auf Filangieri.

Digitized by Google

vernünftigen Zusammenlebens, theils für eine durch fortschreitende Versittlichung des Geschlechts entbehrlich werdende, zur Auflösung in die freie Gemeinde der das Sittliche um sein selbst willen vollbringenden Wesen bestimmte Anstalt erklärt wird [1]). Auch in seiner scheinbaren Erniedrigung behält deshalb der Staat des subjektiven Idealismus noch seine Hoheit gegen den Staat der Utilitarier. Denn jene Erniedrigung erleidet er nur, damit die Freiheit des seiner innersten Natur nach sittlichen Ichs möglichst geschont werde. Indem aber eben dieses Ich die Substanz des Willens in sich absorbirt hat, so ist es klar, daß seine Freiheit nicht den willkührlichen Inbegriff der empirischen Interessen des sinnlichen Individuums, d. h. nicht das Wohl des besonderen Willens als solchen, oder das gemeinsame Wohl der vielfachen Besonderheit zu ihrem Princip haben kann; vielmehr, wenn gleich auch hier vom Ich ausgegangen, und daher Recht und Staat als nur durch dies und für dies seiend, d. h. als Forderungen des Wohls konstruirt werden, so liegt doch die große Differenz darin, daß als dieses Wohl eben nur das Recht — als die vernünftige Regel des socialen Lebens — ausgesprochen wird. Es wird also nicht um des Nutzens willen das Recht (als ein nothwendiges Uebel) zugelassen, sondern es wird das Recht als das allein Nützliche gefordert. Daher wird auch durch dieses Recht nicht die Freiheit des Ichs beeinträchtigt, sondern erst wahrhaft gesetzt. Der Staat ist nicht der Tod, sondern die Erfüllung des Naturrechts. — So in ihrer Wahrheit aufgefaßt [2]), bilden daher auch die Strafrechtstheorieen des subjektiven Idealismus nicht — wie man nach den hergebrachten Tabellen anzunehmen scheint — bloße Wiederholungen der ausländischen Nutzenstheorieen, sondern sie ergänzen dieselben, indem sie der Abstraktion des Wohls, das ohne das Recht nicht fertig werden kann, die Abstraktion des Rechts, das sich als zwecklos erkennt, wenn es nicht als Wohl der Individuen verwirklicht wird, entgegenstellen.

Die rohste und naivste Erscheinung auf diesem Gebiete ist nun ohne Zweifel die [3]) sogen. unmittelbare Abschreckungstheorie, welche eben nur das Nothdürftigste zusammenbringt: daß die Rechtsordnung aufrecht erhalten werden müsse, und daß dazu die Strafe vortrefflich als Mittel diene, sofern durch den Anblick ihrer Vollziehung das Gemüth erschüttert und davon abgeschreckt werde, dasjenige zu thun, wovon ihm die nothwendige Folge so unangenehm erscheine. Daß so magere Ge-

---

1) Fichte, Nachgelassene Werke II. S. 501—504.

2) Die tiefere Bedeutung dieser Theorieen hat auch Klenze in der sonst sehr schätzenswerthen Einleitung zu seinem Lehrbuch über die Gebühr verkannt.

3) Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen ꝛc. S. 35. Vgl. J. G. A. Wirth, Handb. der Strafr.-Wissenschaft. S. 146—148.

Digitized by Google

danken[1]) für ſich, oder (wie von Klein beliebt wurde) in begriffloſer Zuſammenſtellung mit dem Princip der Genugthuung Niemanden befriedigen konnten, liegt auf der Hand. Um ſo größeren Eindruck machten die Theorieen von Feuerbach und Grolman. Erſterer ſteht, wie ſchon angef., zwiſchen Kant und Fichte in der Mitte. Mit jenem theilt er noch die Ableitung des Rechtsgeſetzes aus der Vernunft, wenn auch nur aus einer juridiſchen, desgleichen das Bewußtſein von der nothwendigen unmittelbaren Kauſalverbindung zwiſchen Verbrechen und Strafe, endlich den ſchneidenden Dualismus zwiſchen dem intelligibeln Menſchen und dem der Erſcheinung, wornach er aus dem Gebiete des Strafrechts den Begriff der Freiheit geradezu verbannen zu müſſen glaubte. Andrerſeits hat ihm das Vertragsprincip ſchon entſchiedene Geltung; desgleichen verwirft er den kategoriſchen Imperativ und glaubt die Strafe nur durch einen vernünftigen Zweck rechtfertigen zu können; endlich iſt es ihm ſehr darum zu thun, die Vereinbarkeit der Androhung und Zufügung der Strafe mit der rechtlichen Freiheit zu beweiſen, — ein Beweis, den er mehrfach variirt hat[2]). Eben mit dieſem Intereſſe ſteht er aber ganz auf Fichtiſchem Boden. Denn das erſte Beſtreben der ganzen Schule mußte ſeyn, dem kategoriſchen Imperativ die Deduktion des Strafrechts aus der rechtlichen Freiheit zu ſubſtituiren. Das Rechtsgeſetz iſt ihr das Geſetz, wornach Jedermanns Freiheit neben der Freiheit aller Uebrigen beſtehen kann. Dies und den Beweis der Zuläſſigkeit des Zwangs, als der Negation des Unrechts, hatte ſie ſchon von Kant erhalten. Aber es handelte ſich nun darum, insbeſondere die Rechtmäßigkeit des Strafzwangs zu erweiſen. Gerade die Zwiſchenſtellung, die Feuerbach einnahm, und die man ebenſowohl ſeinem tiefen praktiſchen Gefühle, als ſeiner Anhänglichkeit an Kant zurechnen darf, hat ohne Zweifel zu dem großen Einfluß, den ſeine Lehre gewann, beigetragen, während die entſchiedeneren Idealiſten durch ihre konſequentere Einſeitigkeit auch deren Mängel offener zu Tage legten. Er beginnt (in der Reviſion) mit einer Erörterung des Begriffs der Strafe, die ebenſogut an der Spitze einer abſoluten Theorie ſtehen könnte; denn er erkennt die gewöhnliche Vorſtellung, daß die Strafe nothwendige, gerechte, verdiente Folge einer ungerechten Handlung ſei, vollkommen an, obgleich er hinterher gerade den Nerv dieſer Vorſtellung zerſtört. Dadurch gewinnt er den Vortheil, von vornherein das allgemeine Bewußtſein für ſich zu haben, und er braucht nun nur zu fragen: wie läßt ſich ein ſolches, auf vergangene Handlungen bezogenes Strafrecht des Staates erweiſen? Von ſelbſt verſtand ſich nun, daß die bürgerliche Strafe von der

1) Grolman, Begründung ꝛc. S. 239—246. Feuerbach, über die Strafe als Sicherungsmittel. S. 121—167.

2) Antihobbes, S. 220 ff. Ueber die Strafe ꝛc. S. 97 ff.

Digitized by Google

moralischen verschieden seyn müsse, da der Staat nur das Rechts-, nicht das Sittengesetz zu realisiren habe, und ebenso scharf ward der Unterschied zwischen Strafe und Vertheidigung angegeben. Weiterhin war es auf Feuerbach's Standpunkt klar, daß der Staat, die Gesellschaft zum Rechtsschutze, keinen andern Zweck, als eben den der Rechtssicherung, haben könne. Da jedoch der Unterschied zwischen Strafe und Vertheidigung aufgezeigt war, so ergab sich als Problem: das Recht zu einem Zwange zu finden, der in dem Vertheidigungsrechte gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung selbst verschieden wäre. Diese Aufgabe sucht er nun so zu lösen: Im Staatszwecke liegt die wechselseitige Freiheit aller Bürger, mithin die Nothwendigkeit, daß überhaupt keine Beleidigungen (Störungen jener Freiheit) im Staate geschehen. Folglich muß auch der Staat ein Mittel haben, solche allgemein zu verhüten. Hiezu ist die Prävention zu beschränkt, physische Entgegenwirkung nicht tauglich. Mithin bleibt nur die psychologische übrig. Der Staat muß also auf das Begehrungsvermögen der Bürger wirken und es ihnen psychologisch unmöglich machen, Rechtsverletzungen zu begehen, und, wenn sie wirklich widerrechtliche Neigungen haben, sich nach diesen zu bestimmen. Letzteres kann nur geschehen durch Androhung sinnlicher Uebel, deren Größe die Unlust aus der Nichtbefolgung der rechtswidrigen Neigung überwiegt. Auf die Freiheit nämlich, als ein rein moralisches Vermögen, kann der Staat nicht wirken wollen, vielmehr, da er es lediglich mit dem Menschen der Erfahrung zu thun hat, nur durch die Sinnlichkeit auf die Sinnlichkeit. Die Androhung durch ein Gesetz aber ist nothwendig, weil der Bürger die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Verknüpfung von Strafe und Verbrechen haben, und weil das Recht der Persönlichkeit geachtet werden muß. In der That ist auch eine solche gesetzliche Androhung rechtmäßig, da Niemands Rechte dadurch gekränkt werden. Da aber die leere Drohung die vorausgesetzte Wirkung nicht haben könnte, mithin das Gesetz sich selbst widersprechen würde, so muß die Drohung betreffenden Falls auch ausgeführt werden. Diese Ausführung ist denn auch nicht minder rechtmäßig, als die Androhung, weil Jeder, der das vollkommene Recht hat, eine Unterlassung zu fordern, auch das vollkommene Recht haben muß, die entgegenstehende Begehung willkührlich zu bedingen, andrerseits aber die Einwilligung in das rechtlich Bedingte zugleich die Einwilligung in die rechtliche Bedingung in sich schließt [1]). — Eben der letzte Punkt war es übrigens, worin F. sich nicht sicher fühlte. Denn während er früher die Einwilligung des Verbrechers ausdrücklich einen Kontrakt nannte, und hiemit dem Vertragsprincip, worauf sein ganzes Rechtssystem ruht, getreu blieb [2]), so wollte er später von einem solchen

1) Revision I. S. 1—56.
2) Vgl. Grolman, Begründung ꝛc. S. 12—22.

Digitized by Google

Kontrakte nichts mehr wiſſen, ſondern ſubſtituirte der wirklichen Einwilligung die rechtliche Nothwendigkeit, ſich der Strafe zu unterziehen[1]), wodurch er ſeinem Gebäude das Fundament wegzog. Konſequenter war es daher ohne Zweifel, wenn Andre, wie Erhard, Kleinſchrod, v. Almendingen, und Unterholzner[2]) ſich unmittelbar auf die Einwilligung in den Staatsvertrag beriefen.

In Grolmans Theorie iſt der Geiſt des ſubjektiven Idealismus entſchiedener ausgeſprochen, ſo zwar, daß ſie gerade — was in der Regel nicht bemerkt wird — die Hauptpunkte mit Fichte's eigener Lehre gemein hat, nämlich die Theſis der Unendlichkeit der Prävention und die Antitheſis, daß der Verbrecher ſoviel als möglich dem Staat erhalten werden müſſe[3]). Dieſer Anknüpfungspunkt für die Beſſerungstheorie, die auch in der That von Fichte ſelbſt relative Anerkennung erfuhr, und von Andern in Verbindung mit der Grolman'ſchen Theorie gebracht wurde, unterſcheidet dieſe weſentlich von der Feuerbach'ſchen[4]). Sobald nämlich mit der Produktion des Rechtsgeſetzes und der Rechtsordnung durch die Freiheit des Ichs Ernſt gemacht, dieſe mithin unumwunden als Wohl des Subjekts geſetzt wurde, ſo mußte es als Hauptaufgabe erſcheinen, den Zweck der Sicherheit des Ganzen nicht auf Koſten des Wohls des Einzelnen zu erreichen, und deshalb die Beziehung der Strafe auf den einzelnen Verbrecher in den Vordergrund zu ſtellen. Dieſes an ſich ganz richtige Moment (ſ. §. 163. Anm.) tritt nun übrigens bei Grolmann erſt nur als Schranke des bei Feuerbach alleinherrſchenden Princips der Sicherung des Ganzen auf; bei Fichte zeigt ſich es dagegen bereits poſitiv berechtigt, und in den Beſſerungstheorieen iſt es ſofort auf Koſten des andern Moments zur erkluſiven Geltung erhoben worden. Grolman[5]) geht übrigens, wie Feuerbach, von dem Kantiſchen Rechtsgeſetze und der daraus folgenden Zuläſſigkeit des Zwangs gegen Störungen der wechſelſeitig garantirten Freiheit aus. Er verſchmäht es jedoch, den Begriff der Strafe aus der Erfahrung aufzunehmen[6]), wodurch Feuerbach ſeine Deduktion dem gemeinen Bewußtſein zu empfehlen wußte. Vielmehr bleibt er ſtreng

---

1) Vgl. Welcker, Letzte Gründe S. 216 ff. Noch vergrößert hat dieſe Inkonſequenz Bauer in ſeiner ſog. Warnungstheorie.

2) *Erhard* de fundam. jur. pun. Kleinſchrod Syſt. Entw. II. §. 9. v. Almendingen Darſt. d. rechtl. Imput. S. 148 Unterholzner Juriſt. Abhandl. S. 200 ff.

3) Grolman, Begründung ꝛc. S. 31—38. 217 Note ſagt er es ſelbſt.

4) Gewöhnlich freilich ſucht man den Unterſchied in andern untergeordneten Momenten.

5) Materialien ſeiner Theorie fanden ſich bei Kleinſchrod Syſt. Entw. I. S. 11—14. II. S. 1—8. 101—105. Stübel, Syſt. des allg. peinl. Rechts. I. §. 13.

6) In der Begründung ꝛc. S. 39—48 thut er es allerdings auch, aber nur als Konceſſion gegen Feuerbach, und auf Koſten der Konſequenz.

Digitized by Google

im philosophischen Geleise. Zwang, sagt er, kann überall nur gegen Störungen der Freiheit rechtlich seyn. Solche sind aber entweder gegenwärtig oder zukünftig drohende. Der Zwang gegen jene ist die Nothwehr, der gegen die letzteren Vertheidigung, Prävention im e. S. Im Anfang begnügte sich G. damit, diese Prävention, als gegen wahrscheinliche künftige Rechtsstörungen gerichtet, für hinlänglich gerechtfertigt zu halten, und das begangene Verbrechen nur als Erkenntnißgrund der von Seiten des Thäters drohenden Gefahr solcher künftigen Störungen hinzustellen. Später jedoch suchte er den, besonders von Feuerbach erhobenen, Einsprüchen zu entgehen, indem er nun ganz entschieden auf den Boden der Fichtischen Rechtslehre trat. Die Herrschaft des Rechtsgesetzes, sagt Fichte, sei nur möglich, wenn jeder Einzelwille sich beständig dazu bestimme, demselben gemäß zu leben; da nun dies nicht erwartet werden könne, und auf dem Gebiete des Rechts nicht erwartet werden dürfe, so sei der Staat als eine vertragsmäßig konstituirte Uebermacht nothwendig, welche durch Zwang gegen jedes Hervortreten eines widerrechtlichen Willens die Sicherheit herstelle und den guten Willen für die äußere Realisirung des Rechts entbehrlich mache [1]). Eben hieran schließt sich nun G., indem er behauptet: das Rechtsgesetz sei ein Willensgesetz, d. h., wer überall im Rechtsverhältnisse leben wolle, der müsse sich jenes Gesetz (gleichviel, aus welchen Beweggründen) zur unverbrüchlichen Norm seiner Handlungen machen. Wer nun ein Verbrechen begehe, der zeige eben damit, daß er diese Forderung nicht erfüllt habe, und sei daher als ein stetes, der Realisirung des Rechtsverhältnisses entgegenstehendes Hinderniß zu betrachten, dessen Aufhebung von denjenigen, welche das rechtliche Verhältniß unter sich wollen, nothwendig bewirkt werden müsse [2]). Offenbar durchbrach G. durch diese Wendung die Konsequenz der Schule mit einem an sich sehr wahren, aber auf dem Fundamente jener Rechtsphilosophie fremden Gedanken, was ihm daher auch Feuerbach [3]) mit Recht nicht gelten ließ, und was er in der spätern Abhandlung im Magazin erfolglos zu vertheidigen suchte. Zwar meint Welcker [4]), Feuerbach begehe die gleiche Inkonsequenz, allein mit Unrecht, da dieser keineswegs rechtliche Gesinnung positiv zu fordern braucht, vielmehr seine Drohung nur darauf berechnet ist, den jedesmaligen wirklichen Antrieb zum Unrecht hinwegzuräumen, während Grolman's Prävention nur gegen die möglichen Rechtsverletzungen eines bestimmten Subjekts gerichtet ist, mithin, um dem Vorwurf zu entgehen, daß

---

1) Fichte, Naturrecht. I. S. 165—169. 175—178.
2) Begründung ꝛc. S. 59—61.
3) Ueber die Strafe als Sicherung S. 12—32.
4) Letzte Gründe. S. 238. 239. vgl. Oersted Grundregeln. S. 83. 84 in der Note.

Digitized by Google

er blos wahrscheinliches Unrecht strafen wolle, G. die Existenz des widerrechtlichen Willens an sich als das Strafbare behaupten, d. h. rechtliche Gesinnung fordern muß. Zwar sucht er [1]) diesem Anerkenntniß durch direkte Annahme der Fichtischen Staatsdeduktion zu entgehen, welche gerade darauf beruht, daß man die Subjektivirung des Rechtsgesetzes im Einzelwillen nicht erwarten könne und dürfe; allein vergebens. In der That zeigt sich auch G. eben in diesem Punkte sehr schwankend, indem er [2]) bald die künftigen Rechtsverletzungen, bald den wirklichen bösen Willen voranstellt, und so offenbar zwischen Wiedervergeltung und Prävention durchzukommen sucht, ohne eine sichere Straße halten zu können. Denn bald sagt er, das begangene Verbrechen sei der Sachgrund der Strafe, welche der Thäter eben durch das Verbrechen und die darin bewiesene illegale Gesinnung verdient, verschuldet habe, bald setzt er jenen Sachgrund wieder ganz zum bloßen Erkenntnißgrunde herab, wie er denn auch muß, wenn er nicht die Hauptsache, den Gedanken der Prävention, aufgeben will. Abgesehen aber von dieser Verwicklung, aus welcher nicht zu entrinnen war, ist es der charakteristische Gedanke in seiner Theorie, daß die Strafe unmittelbar auf den Willen des einzelnen Verbrechers bezogen wird. Dadurch bildet sie die nothwendige Ergänzung zu der Feuerbachischen, welche den Gedanken, daß das Recht das allgemeine Wohl sei, einseitig verfolgte, d. h. in dem Gemeinwohl das individuelle Wohl des Verbrechers selbst untergehen ließ. Zwar spricht G. den Zweck der Besserung noch nicht unmittelbar aus, vielmehr ist auch ihm die Prävention, mithin die Sorge für's Ganze, noch das Erste; aber er macht den Uebergang zu der nachher entschiedener geäußerten Ueberzeugung, daß in dem Gemeinwohl das individuelle erhalten bleiben müsse, eben dadurch, daß er für den Zweck der Strafe an und für sich nur die Abhaltung des strafbaren Subjekts von künftigen illegalen Handlungen erklärt, und daß er dabei entschieden die Tendenz offenbart, den Verbrecher wo möglich zu erhalten, und — wie er in einer Note, fast schüchtern ausspricht — politisch zu bessern [3]). Als eine interessante Nebenbedeutung der Strafe führt er endlich auch die Abschreckung Aller durch die psychologische Wirkung des Strafgesetzes [4]) auf, ohne freilich die Nothwendigkeit [5]) dieses Moments in seinem Systeme nachweisen zu können [6]).

Was nun hier nur angedeutet oder behauptet ist, das wußte Fichte selbst mit der ganzen Kraft seines Scharfsinns als Momente zu Einem

1) Begründung ꝛc. S. 87—102.
2) A. a. O. S. 33—57 ff.
3) Begründung ꝛc. S. 116 Note. S. 153 ff.
4) A. a. O. S. 108 ff.
5) Feuerbach a. a. O. S. 47 ff.
6) Bloße Kombinationen der Grolmanischen und Feuerbachischen Theorie, wie die von Oersted, sind hier zu übergehen.

Digitized by Google

Ganzen zu verflechten. Zwar hat, bei allem wohl begründeten Reſpekt, die juriſtiſche Literatur von jeher ſich das Anſehen gegeben, das Fichtiſche Strafrecht einigermaßen über die Achſel anzuſehen[1]). Deſſenungeachtet wird man aber immer mehr einſehen lernen, daß bei allen Einſeitigkeiten und juriſtiſchen Sonderbarkeiten gleichwohl dieſe Theorie die ſpekulativſte unter allen bisherigen iſt, ſofern ſie es klar ausſpricht, daß, wenn die Strafe einmal auf einen Zweck bezogen ſeyn ſoll, auch alle weſentlichen Zwecke des Einzel- und Gemeinwohls in ihrer Berechtigung anerkannt werden müſſen. In der That enthält ſie gerade die Geſammtheit der ſubjektiven Tendenzen, durch welche, wie hier gezeigt wird, der Begriff der Strafe als objektiver Genugthuung nothwendig ergänzt werden muß. Die bei Grolman nur als Schranke anerkannte Berechtigung des Einzelwohls tritt bei Fichte ſogleich als poſitive Forderung auf, indem er der Theſis, daß jeder Verbrecher, als Verletzer des Bürgervertrags, der Strenge nach aus dem Bürgerverein ausgeſtoßen, d. h. rechtlos werden müſſe, die Antitheſis entgegenſtellt, daß in allen Fällen, in welchen die allgemeine Sicherheit damit beſtehen könne, an die Stelle der Rechtloſigkeit ein milderes Reaktionsmittel treten müſſe, da der Staat ſeine Bürger ſich ſo viel als möglich zu erhalten habe. Der Grundgedanke des ſubjektiven Idealismus, daß das Rechtsgeſetz das einzig mögliche Socialgeſetz ſei, daß aber ſeine Exiſtenz auf die Freiheit des Ichs ſich gründen müſſe, daß mithin in den rechtlichen Inſtitutionen, und ſo insbeſondre im Strafrechte, das Wohl des Ganzen mit dem des einzelnen Ichs vermittelt ſeyn müſſe, iſt hier aufs Schärfſte ausgedrückt, und eben dadurch die Principien von Feuerbach und Grolman in ihr wahres Verhältniß gebracht. Wenn ſodann Feuerbach mit dem Verſuch, die Zufügung der Strafe auf das Grundprincip des Vertrags zu gründen, ſcheiterte und überhaupt durch ſeine Trennung zwiſchen Androhung und Zufügung der Strafe aus der Konſequenz fiel, und wenn andrerſeits Grolman zwar das Vertragsprincip achtete, aber durch die Forderung einer rechtlichen Geſinnung den Unterſchied zwiſchen dem Gebiete des Rechts und dem der Moral, worauf doch das ganze Syſtem beruhte, aufzuheben drohte, — ſo blieb Fichte ſtreng bei dem ſpekulativen Kern der Lehre, indem er das geſammte Strafrecht, ohne allen Rekurs auf moraliſche Ingredienzien, eben nur auf die durch Vertrag gegründete Zwangsinſtitution des Staats baute. Indem er nun für die Fälle der Antitheſis den Abbüßungs- und den Beſſerungsvertrag ſtatuirt, für die äußerſten aber die Ausſtoßung aus dem Bürgerverein, und infolge davon den Kriegszuſtand zwiſchen dem Staat und dem Verbrecher zuläßt, ſo ſind in ſeiner Lehre nicht nur die Androhung

1) S. indeſſen auch Oerſted, Grundregeln, S. 62. 63 in der Note.

Digitized by Google

Feuerbach's und die Prävention Grolman's, sondern es sind darin noch außerdem der Besserungszweck, der Gedanke der Abbüßung, der Selbsterhaltung des Staats und — wenn auch in dürftiger Weise — die Idee der objektiven Genugthuung mit dialektischer Kunst in ein Ganzes gebracht [1]). Durch die rücksichtslose Durchführung des Vertragsprincips hatte übrigens Fichte zwar allerdings alle Streitigkeiten darüber, ob aus dem Rechtsgesetze selbst blos ein Androhungszwang oder ein Präventionszwang abgeleitet werden könne, abgeschnitten, er hatte aber durch den gänzlichen Bruch mit der Kantischen Deduktion des Rechtsgesetzes, als eines wenigstens relativ Substantiellen, zugleich alles Absolute an der Strafe aufgehoben und sie schlechthin unter die Kategorie des Relativen, der durch Uebereinkunft erzielbaren Zwecke gestellt, — ein Resultat, das Vielen bedenklich seyn mochte, die denn, wie z. B. Gros [2]), die Mannigfachheit der von ihm aufgestellten Beziehungen der Strafe sich gefallen ließen, gleichwohl aber wieder nach einem Haltpunkte griffen, um auf ähnliche Weise, wie Feuerbach, die Strafe als nothwendige Folge an das Verbrechen knüpfen zu können. Solche Rückgriffe waren aber eben durch den Fortschritt des Princips im System Fichte's bereits widerlegt, und, was sie erreichen wollten, war nur durch das Aufgeben des ganzen subjektiv-idealistischen Standpunkts zu erlangen.

Gerade das Zurückgreifen auf den Kantischen Standpunkt gab einer eigenthümlichen Theorie, der Selbsterhaltungstheorie, die Entstehung, gegen welche dann die Besserungstheorie das andre Extrem bildete, so zwar, daß in diesem Gegensatze nur der schon zwischen Feuerbach und Grolman hervorgetretene Gegensatz auf die Spitze getrieben erscheint. Die Selbsterhaltungstheorie nämlich läßt an der Feuerbachischen Theorie gerade das wieder fallen, womit diese über Kant hinausgeschritten war: die Deduktion der Vereinbarkeit des Strafrechts (der Androhung und der Zufügung) mit der das Fundament der Rechtsordnung bildenden rechtlichen Freiheit des Ichs. Sie rekurrirt wieder auf die Ableitung des Rechtsgesetzes aus dem Sittengesetze [3]), und sucht dadurch dem Staat eine von dem Socialvertrage unabhängige Nothwendigkeit zu vindiciren. Daraus wird nun unmittelbar das Recht des Staats, zu existiren, abgeleitet, im Uebrigen aber das Strafrecht wieder auf verschiedene Weise geschildert. Schulze identificirt dasselbe ohne Weiteres mit dem Vertheidigungsrechte, wie es auch jeder Einzelne habe, findet aber in diesem Vertheidigungsrecht höchst willkührlicher Weise nicht nur das Recht der Nothwehr wider gegenwärtig und der Prä-

1) Naturrecht II. S. 95 ff.

2) Naturrecht, §. 346—351.

3) Schulze Leitfaden §. 82 ff. Gros a. a. O. §. 21—30. Martin Lb. des Strafrechts §. 11.

Digitized by Google

vention gegen künftig drohende Angriffe, ſondern auch das Recht der Wiedervergeltung für ſchon vollbrachte Angriffe, das er überdies nur auf den natürlichen Trieb der Rache zu gründen weiß [1]). Abgeſehen von dem überall eingemiſchten Empirismus, hatte dieſe Deduktion den großen Fehler, aus dem Princip der Selbſterhaltung Rechte abzuleiten, die unmöglich darin liegen können. Dieſen Mangel ſucht Martin zu verbeſſern, indem er das Strafrecht überall auf den Begriff der Nothwehr zu gründen ſtrebt. Er behauptet nämlich, jedes Verbrechen führe für den Staat ſelbſt eine wirkliche Gefahr herbei, nämlich eine Gefahr für das Anſehen der Geſetze, durch welche der Staat beſtehe; dieſer Nachtheil ſei aber ein erſt drohender, da er durch Zufügung der Strafe und dadurch bewirkte Wiederbefeſtigung des Anſehens der Geſetze abgewendet werden könne; hiernach zeige ſich die Strafe als zweckmäßiges Mittel zur Sicherung des Staats, das einerſeits nicht zu entbehren ſei, andrerſeits, wenn es vor der That im Allgemeinen angedroht werde, um pſychologiſch gegen die Verübung von Verbrechen wirken zu können, die Erſchöpfung der gelinderen Mittel zur Abwendung der Gefahr jedesmal ſchon vorausſetze [2]). Hiemit wollte Martin insbeſondere der Nothwendigkeit entgehen, verſchiedene Gründe und Zwecke für die Androhung und für die Zufügung der Strafe aufſtellen zu müſſen. Allein er überſah, daß gerade hierin der Fortſchritt Feuerbachs beſtand, und daß er ſeinerſeits, indem er das Vertheidigungsrecht des Staats mit der rechtlichen Freiheit der Bürger zu vermitteln unterließ, einen Rückſchritt machte. Denn daß eine ſolche Vermittlung nicht in der bloßen Behauptung gegeben ſei, daß ſich der Verbrecher nicht über die Strafe beklagen könne, wenn ſie als unzertrennliche Folge des Verbrechens vorher bekannt gemacht ſei (worauf ſich Martin in der Vorrede (S. VII) beruft, hat ſchon Feuerbach gegen Klein ſchlagend bewieſen [3]). Gerade dann mußte um ſo gewiſſer wenigſtens die Androhung auf die rechtliche Freiheit zurückgeführt werden; und wenn dies nicht geſchah, ſo mußte der Weg Grolman's eingeſchlagen und gezeigt werden, wie die Zufügung des Strafübels mit der in dem Socialgeſetze liegenden rechtlichen Freiheit ſich vereinigen laſſe. In der That iſt nun die Strafe bei Martin, wie bei Grolman, nur als Präventionszwang deducirt; aber während letzterer die Nothwendigkeit der Prävention aus dem wirklich bewieſenen widerrechtlichen Willen, wodurch ſich der Verbrecher als Hinderniß der Freiheit erweiſe, zu rechtfertigen ſucht, ſo verfällt Martin in einen bloßen Cirkel, indem er ſagt: die Strafe ſei nothwendig, um die

---

1) Vgl. Richter, Philoſ. Strafrecht. S. 181—184.
2) Martin a. a. O. §. 12. §. 22. f. u. Weber, N. Arch. VI. S. 453.
3) Ueber die Strafe ꝛc. S. 99.

Digitized by Google

Gefahr zu vermeiden, die aus der Strafloſigkeit entſtehen würde, d. h. die Prävention müſſe eintreten, weil, wenn ſie nicht einträte, keine Prävention ſtattfände [1]). Martin ſagt, der Staat könne nicht ohne Geſetze, und die Geſetze können nicht beſtehen, wenn ſie nicht im Anſehen erhalten werden; wer nun den Zweck wolle, der müſſe auch die Mittel wollen. Allein er überſieht, daß gerade die Nothwendigkeit der Strafe, um das Anſehen der Geſetze zu erhalten, bei ihm eine bloße Behauptung bleibt, und bleiben muß, da in der That von dem Kantiſchen Rechtsgeſetze aus, wie Feuerbach und Grolman klar gezeigt haben, ein Strafzwang immer nur als Sicherungszwang deducirt werden kann, zu dieſem Behufe aber, wenn nicht der Begriff der Strafe verloren gehen ſoll, entweder der Sicherungszwang in dem pſychologiſchen Zwange des androhenden Geſetzes geſucht, oder aber das begangene Verbrechen als Rechtsgrund ſeiner Anwendung aufgewieſen werden muß. Bei Martin iſt überſehen, daß in einem Rechtsgeſetze, das aus der Nothwendigkeit der Freiheit deducirt iſt und deshalb auch nur durch dieſe zum wirklichen Daſein kommen kann, eben dieſe Freiheit eine weſentliche Potenz bildet, die daher nicht dem Ganzen ſchlechthin zum Opfer gebracht werden darf. — In denſelben Fehler verfällt auch Gros, wenn er, von dem Satze ausgehend, daß das Rechtsgeſetz als Zwangsgeſetz gegen Störungen der Freiheit zum öffentlichen Geſetze gemacht werden, d. h. durch äußere Macht ſeine Wirkſamkeit gegen jeden widerſtrebenden Willen behaupten müſſe, — weiter ſo argumentirt: Da es Unterlaſſungen ſeien, welche den Gegenſtand eines verbietenden Geſetzes ausmachen, und dieſe, ohne gänzliche Vernichtung der Freiheit des Handelns ſelbſt, nicht unmittelbar durch äußere Macht bewirkt werden können, ſo müſſe mit dem Verbote zugleich etwas Anderes (die Strafe), durch deſſen Bewirkung ſich das Geſetz nach erfolgter geſetzwidriger That wirkſam zeige, als Folge von dieſer feſtgeſetzt werden [2]). — Denn, ſo wahr es auch an und für ſich iſt, daß die Strafe nichts Andres iſt, als die durch Negation des verbrecheriſchen Willens dargeſtellte Unverbrüchlichkeit des Geſetzes, ſo fehlt es doch auf dem Standpunkte, worauf ſich Grolman befindet, an aller Berechtigung zu einem ſolchen Zwange, der gerade von dem Präventionszwang unterſchieden ſeyn ſoll, und Grolman iſt daher noch weniger konſequent, als Martin, der doch den Begriff der Sicherung aufrecht zu erhalten ſucht.

Den direkten Gegenſatz zu dieſen, das Individuum dem Wohle des Ganzen opfernden, Theorieen bildet die Beſſerungstheorie, die auch auf dem Fundamente des ſubjektiven Idealismus, und zwar mit gutem

1) Dagegen gilt ganz das, was Feuerbach, Reviſion I. S. 89, über die Strafe ꝛc. S. 159 gegen Klein bemerkt.

2) A. a. O. §. 546 ff. Vgl. §. 95. 99—101. 105. 106.

Rechte, ſich erhoben hat, ſofern ja Rechtsgeſetz und Rechtsordnung hier als Schöpfung und Intereſſe des Ichs deducirt werden, mithin die Forderung ſehr nahe liegt, daß im Wohle des Ganzen das Wohl des Einzelnen miterhalten werden müſſe [1]). Nur freilich liegt es im Weſen dieſer Theorie (§. 165), wo ſie ſich abſolut hinſtellt, ſtets einem Dilemma zu verfallen; entweder nämlich begnügt ſie ſich mit der politiſchen Beſſerung des Verbrechers, — dann iſt ſie im Weſentlichen nur ein andrer Ausdruck für die Präventionstheorie, gegenüber von welcher ſie jedoch den Mangel hat, dasjenige als poſitiven Zweck hinzuſtellen, was nur negativ erkannt werden kann, zugleich aber auf halbem Wege ſtehen zu bleiben; oder ſie geht zur Forderung der moraliſchen Beſſerung fort, — dann verläßt ſie den vorher noch behaupteten rechtlichen Boden ganz und gar, und ſetzt dem Staat Aufgaben, die er als Rechtsordnung nicht erſtreben kann, noch erſtreben wollen darf, und die ſich überdies in ihrem Begriffe ſelbſt aufheben.

Eine eigenthümliche Stelle nimmt endlich noch J. G. A. Wirth [2]) ein, ſofern er zwar, am Ende einer großentheils ſehr ſchätzenswerthen dialektiſchen Kritik der aus dem ſubjektiven Idealismus hervorgegangenen Theorieen, ſelbſt nur zu einer Nothwehrtheorie gelangt, die in einer bloß äußerlichen Vermittlung des Zwecks der allgemeinen Sicherheit mit dem Zwecke, den Verbrecher als organiſches Staatsglied zu erhalten, beſteht, gleichwohl aber in den Voranſtalten, die er zu dieſer Theorie macht, die Elemente für die richtige Konſtruktion des Strafrechts treffend hervorhebt, ohne ſie freilich bemeiſtern zu können. Es findet ſich nämlich bei ihm die richtige Einſicht, daß ſowohl der ſubjektive Idealismus in ſeiner Abſtraktion von dem An-und-für-ſich-ſeyn der ſittlichen Idee, als der objektive Idealismus der Schellingiſchen Periode in ſeiner abſtrakten Beſtimmung des Staats als eines natürlichen Organismus, in gleicher Weiſe einſeitig ſeien, beide Anſichten vielmehr dialektiſch vermittelt werden müſſen. Indeſſen fällt es ſchon bei der Entwicklung dieſer Gedanken auf, daß der Verfaſſer theils über Syſteme von größter Bedeutung, z. B. das von Fichte, ganz oberflächliche oder gar verkehrte Meinungen hat, noch mehr aber, daß er ganz und gar verſchweigt, welcher Quelle er das Beſte ſeines Buchs, die dialektiſche Methode, zu verdanken hat. Wahrhaft zu verwundern iſt es jedoch, wie endlich, da die Elemente wirklich bereit liegen, der Verfaſſer gerade an der Wahrheit vorübergehen und, ohne alle weitere

---

1) Henke, Streit der Strafrechtstheorieen. S. 81—110. Stelzer, Kritik des Eggers'ſchen Entwurfs. S. 5 ff. Reichmann, über das Strafrecht des Staats. Spangenberg und Möhl gehören nicht hierher, da ihnen der Beſſerungszweck nur Modalität der als abſolut nothwendig gedachten Strafe iſt.

2) Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft. 1823.

Digitized by Google

Reflexion auf das von ihm selbst so vielfach hervorgehobene Moment der Substantialität von Recht und Staat, in eine Theorie auslaufen konnte, die nichts anders ist, als eine nach dem Gesetze des Gleichgewichts veranstaltete Zusammensetzung der Feuerbachischen und der Besserungstheorie. Indessen ist ihm gleichfalls Unrecht geschehen, wenn ihn Martin als Anhänger seiner Nothwehrtheorie aufzuführen keinen Anstand nahm, da vielmehr die Theorie von Wirth weit eher mit der von Fichte in Verwandtschaftsverhältnisse gebracht werden kann.

3) Das Princip der Strafe.

§. 205.

Die Strafe des Staats muß mithin, um dem vollen Begriff der sittlichen Gerechtigkeit, die auch der Staat in der ihm eigenthümlichen Potenz zu realisiren hat, zu entsprechen, allerdings auch die dargestellten subjektiven Intentionen in sich aufnehmen, aber sie muß dieselben dem aus der wesentlichen Natur des Staats, als des objektiv-sittlichen Organismus, hervorgehenden objektiven Zwecke als dem Hauptzwecke unterordnen, d. h. ihr Princip, was ihre Qualität und Quantität wesentlich bestimmt, muß die objektive Genugthuung (Wiedervergeltung) bleiben, und die subjektiven Zwecke dürfen nur da hervortreten, wo dieses ihr Hervortreten durch den objektiven Zweck selbst gesetzt ist. Die Nothwendigkeit hievon liegt eben in dem Begriffe des Staats und seines wesentlichen Verhältnisses zu der Freiheit der Person. Ist nämlich das Wesen des Staats eben nur die objektive Verwirklichung des Sittlichen zu einer äußerlich geltenden Macht, so ist seine Aufgabe gegenüber dem Verbrechen durch die Vollziehung der objektiven Genugthuung gelöst. Gehört es aber andrerseits zum Wesen der menschlichen Freiheit, mit ihrem subjektiven Inneren dem Staate und seiner Gewalt nur insoweit zu verfallen, als sich dieses subjektive Innere selbst in äußeren Handlungen objektiv gemacht hat, so besteht die eigenthümliche Gerechtigkeit des

Staats darin, Strafe, wie Belohnung des Bürgers lediglich nach der in der äußern Handlung objektiv erkennbaren Würdigkeit oder Schuld auszumeſſen, und dieſes Maß iſt ein Recht, das dem Bürger nicht entzogen werden darf.

§. 206.

Das Verhältniß des Strafprincips zu den ſubjektiven Zwecken iſt aber näher dieſes: 1) müſſen dieſe, wo ſie ſelbſtändig hervortreten ſollen, durch das Princip ſelbſt geſetzt ſeyn. Soll alſo die Strafe den Zweck erhalten, abſolutes Sicherungsmittel zu werden, ſo muß das Verbrechen von ſolcher Tiefe ſeyn, daß der Handelnde dadurch ſein Recht, in der ſittlichen Gemeinſchaft thätig zu ſeyn, ganz verwirkt haben muß. Soll der Zweck der Abſchreckung für ſich hervortreten, d. h. der Verbrecher als Mittel für die Generalprävention gebraucht werden dürfen, ſo muß wiederum das Verbrechen ſo geartet ſeyn, daß darin das Recht, als ſittlicher Selbſtzweck reſpektirt zu werden, als preisgegeben erſcheint. Soll endlich die Strafe unter der Kategorie der Züchtigung und Beſſerung ſich zeigen dürfen, ſo muß die Subjektivität in der Handlung als eine ſolche hervorgetreten ſeyn, welche in den Stand der ſittlichen Unmündigkeit zurückgeſunken iſt und deshalb der Zucht bedarf, um die in der Strafe liegende Willensnegation auch wirklich als ſolche ſich zum Bewußtſein bringen zu können [1]). 2) Sind aber dieſe Bedingungen vorhanden, ſo muß auch der geſetzte ſubjektive Zweck als ſolcher wirklich beſtimmende Norm für die Strafvollziehung werden. Zwar kann er dies immer nur innerhalb der durch das Princip der objektiven Genugthuung gegebenen Maßbeſtimmtheit ſeyn. Aber innerhalb dieſer Schranke muß er dann auch wirklich als Norm zu rela-

1) Spangenberg (Roscoe) Ueber die ſittliche Beſſerung ꝛc. *Lucas* du système pénitentiaire ꝛc. und die Uebrigen bei Mittermaier not. 3 zu Feuerbach §. 149 Angeff.

tiver Selbſtändigkeit erhoben werden; es muß daher inſoweit die Strafvollziehung, je nach den verſchiedenen an der Subjektivität des Verbrechers hervortretenden Modalitäten ſich verſchieden beſtimmen [1]). 3) Umgekehrt ſetzt aber das Princip in der Anerkennung dieſer ſubjektiven Zwecke ſich ſelbſt die Schranke, denſelben nicht entgegenwirken, insbeſondere alſo keine Strafarten anerkennen zu dürfen, welche der Forderung der ſubjektiv ſittlichen Zwecke der Strafe widerſtreben (wie Todesſtrafe, verſtümmelnde Strafen ꝛc.). Desgleichen muß die Vollziehungsweiſe der anzuerkennenden Strafarten ſo beſchaffen ſeyn, daß dadurch die ſubjektiven Zwecke mit befriedigt oder wenigſtens nicht ausgeſchloſſen werden; (daher z. B. die Strafen einerſeits nicht der Art ſeyn dürfen, daß ſie die Eigenſchaft, andre oder den Verbrecher ſelbſt von künftigen Verbrechen abzuſchrecken, verlieren, andrerſeits nicht von der Art, daß ſie die Wirkung der Zucht und Beſſerung, die ſich der Verbrecher daraus abſtrahiren ſoll, verhindern). — Die Nothwendigkeit dieſes Organismus liegt darin, daß der Staat, obgleich ſein ſpecifiſches Weſen in der Verwirklichung des Sittlichen zur objektiven Geltung beſteht, gleichwohl nicht bloß ein Theil der geſammten Sittlichkeit, ſondern der ſittliche Geiſt ſelbſt, nur auf einer beſtimmten Stufe ſeiner Verwirklichung, iſt, daher auch gegen das, was den Typus des Sittlichen ausmacht, nämlich die ſubjektive Verinnerlichung des ſittlich Nothwendigen, ſich nicht abſchließen darf. Wie daher alle Staatsfunktionen, obgleich durch den Begriff nothwendig geſetzt, doch ganz und gar zur Vermittlung des Wohls der Einzelnen ſich aufſchließen müſſen, ſo muß auch die Strafrechtspflege des Staats jene ſubjektiven Intentionen aus ihrem Princip herausſetzen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, wo der Staat ſie ſeinem ſpeci-

1) Hegel §. 99. Wirth Ethik II. S. 324.

fischen Wesen gemäß nicht direkt erstreben kann und darf, wenigstens als Schranke für sich anerkennen. —

§. 207.

Hiemit sind aber zugleich alle anderen Forderungen befriedigt, die man vom Standpunkt des als Wohl aufgefaßten Rechts aus gemacht hat. Die Forderung der Prävention durch Androhung der Strafe wird erfüllt durch die anderweitig bewiesene Nothwendigkeit, dem Recht gesetzliches Dasein zu geben (§. 171—175) [1]). Die Forderung der Specialprävention vollzieht sich durch die (§. 206) aufgezeigte Nothwendigkeit, daß die Strafe die Möglichkeit der Abschreckung von künftigen Verbrechen involviren, und daß diese Möglichkeit gegenüber einem Subjekte, das die in der Strafe an sich liegende Willensnegation nicht selbst zu empfinden vermag, als wirkliche Zucht hervortreten müsse. Eben dadurch und durch die erwiesene Möglichkeit und Nothwendigkeit, bei Verbrechen von besonderer Tiefe den Verbrecher zugleich relativ als Mittel der Abschreckung Andrer zu gebrauchen, erfüllt sich die Forderung, daß die Strafvollziehung als Mittel benützt werde, das gleiche negativ-sittliche Ferment in Andern zu vertilgen und den Reiz zur Nachahmung des bösen Beispiels aufzuheben. Indem aber das Strafprincip die objektive Genugthuung bildet, so ist damit an und für sich die Forderung erfüllt, die Gesetze als die Grundpfeiler der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und den darin ausgesprochenen allgemeinen Willen als den unverbrüchlichen aufzuweisen, sowie eben damit zugleich der Zweck, den durch das Verbrechen erzeugten idealen Schaden wieder aufzuheben, von selbst seine Befriedigung findet [2]). Endlich aber ist durch die aufgezeigte Nothwendigkeit, in der Strafe die Forderung

---

1) Vgl. Abegg, Strafrechtstheorieen. S. 67—72.

2) Abegg, a. a. O. S. 66. 67.

Digitized by

der Tilgung der Schuld als eine theils vom Subjekt ſelbſt zu vollziehende, theils vom Staat vormundſchaftlich zu befördernde anzuerkennen, auch die Intention befriedigt, den Verbrecher nicht dem Gemeinwohl zu opfern, ſondern möglichſt ſeine Erhaltung für den Staat zu erſtreben. Alle dieſe Forderungen ſind aber auf eine ſolche Weiſe erfüllt, daß der Staat in der Ausübung objektiver Gerechtigkeit zugleich ſubjektiv gerecht gegen die Freiheit des Individuums und ihre unantaſtbaren Rechte bleibt (§. 200).

Anm. — Daſſelbe Reſultat haben verſchiedene in den romaniſchen Ländern hervorgegangenen Strafrechtstheorieen zu erreichen geſucht, in welchen ein tiefgreifender Einfluß der deutſchen Philoſophie, freilich ſelten in ihren letzten Phaſen, deutlich erſichtlich iſt. In Frankreich [1]) war auf das Extrem des Materialismus eine reaktionäre Glaubensphiloſophie gefolgt (de Maiſtre, de Bonald, Lammenais, Eckſtein), allein die herrſchende Richtung war die von Rouſſeau und Bentham angeregte geblieben, die im St. Simonismus [2]) und den verwandten Syſtemen nur in eine neue Phaſe trat (mit dem Bewußtſein, daß der inhaltsſchwere Begriff des Wohls, als Einzel- oder Gemeinwohls), ſich nicht in dem Formalismus des abſtrakten Rechts und des hierauf gegründeten Staats abſchließe, vielmehr das Wohl materiell als Recht geſetzt und verwirklicht werden müſſe). Dagegen trat mit der von Royer Collard und Couſin geſtifteten Schule [3]) ein Umſchwung ein, ſofern dieſe Schule, an die deutſche Philoſophie ſich anſchließend, zwar dem Empirismus

1) S. Mittermaier, in der krit. Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft des Ausl. III. S. 414—444.
2) Warnkönig, ebend. IV. S. 78—102.
3) Warnkönig, ebend. II. S. 442.

Digitized by Google

nicht völlig absagte, aber die Hauptprobleme idealistisch zu lösen suchte. Insbesondere stellte sie sich nun auch den hergebrachten Nutzenstheorieen, denen fast alle kriminalistischen Schriftsteller Frankreichs folgten, entgegen. Cousin selbst [1]) sieht im Staate eine nothwendige Entwicklungsform der Menschheit, die bürgerliche Ordnung beruht ihm auf der Idee der Gerechtigkeit; diese aber, als dem Subjekte inwohnende Tugend, fordert die Expiation des Verbrechens. Diese Expiation kann aber nur durch die Strafe realisirt werden, indem der Verbrecher nicht nur mit sich selbst, sondern auch mit der Gesellschaft ausgesöhnt werden muß. Deshalb muß der Gesetzgeber an die Gesetzübertretung als Folge die Strafe knüpfen, welche dann allerdings zugleich dem Volke als heilsame Warnung dienen wird [2]). Gleicher Weise stützt der Herzog v. Broglie das Strafrecht auf die der moralischen Ordnung immanente Idee der gerechten Ausgleichung, welche sich subjektiv als Forderung der Expiation zeige. Zwar reicht diese Forderung über den Staat hinaus und in das moralische Gebiet hinein; aber, insofern sie neben der Forderung der innern Entsündigung auch die der öffentlichen Mißbilligung und der Gutmachung des Uebels enthält, so wird sie Norm für den Staat, der, zwischen den Beleidiger und den Beleidigten intervenirend, unpartheiisch die gerechte Ausgleichung vollzieht und dadurch zugleich den gesellschaftlichen Frieden sichert [3]). Aehnlich Guizot in seiner Schrift über die Todesstrafe. Zum System ausgeführt findet sich aber das Princip durch Rossi [4]),

1) Oeuvres de Platon. III. S. 142 ff.
2) Vgl. Carré in der Thémis VII. 7. S. 354.
3) Révue française. 1828. Sept. nr. V.
4) Traité de droit pénal. I. S. 246 ff.

Digitized by

bei welchem ſich denn auch der relative Mangel dieſer Auffaſſungsweiſe offenbart. Derſelbe liegt darin, daß das Geſetz der Wiedervergeltung auf keine Weiſe deducirt iſt, ſondern reines Poſtulat bleibt, daß daſſelbe ferner — als Geſetz der Vergeltung des Böſen mit Böſem — nur ſehr oberflächlich aufgefaßt iſt (ſogar die Idee der Expiation iſt, obgleich der Verfaſſer ſich auf den H. v. Broglie beruft, nicht benutzt), und daß der weſentliche Unterſchied zwiſchen moraliſcher und rechtlicher Vergeltung nicht als ein qualitativer, ſondern — und zwar auf keineswegs genau beſtimmte Weiſe — nur als ein quantitativer aufgewieſen iſt. Das Syſtem enthält den richtigen Gedanken der Abſolutheit des Weſens der Sittlichkeit, welches als Geſetz der freien Geiſterwelt ebenſo nothwendig ſei, als das Geſetz der unfreien Natur, zugleich aber von letzterem Geſetze verſchieden ſeyn müſſe, eben weil die freien Weſen von den Naturdingen unterſchieden ſeien. Nicht minder iſt es wahr, wenn auch einſeitig, daß die moraliſche Ordnung auf der Idee der Gerechtigkeit beruhe. Allein dieſe metaphyſiſchen Sätze ſind eben nur behauptet, und das Weſen der Gerechtigkeit iſt nur nach ſeiner äußerlich unmittelbarſten Erſcheinung aufgefaßt, wie denn auch über die Natur des Böſen alle tiefere Erörterung fehlt [1]). Eine ſolche würde auf die klare Erkenntniß des Unterſchieds zwiſchen dem moraliſch und dem rechtlich Böſen geführt haben. Statt deſſen wird nun die rechtliche Gerechtigkeit nur als eine — jedoch unvollkommene — Erſcheinungsweiſe der moraliſchen Gerechtigkeit vorgeſtellt, wodurch denn keiner von beiden Formen der Gerechtigkeit ihr Recht geſchieht, insbeſondere auch nicht der mora-

1) Eine ſolche Erörterung iſt II. S. 24 geradezu, als zu hoch und geheimnißvoll, auf die Seite gewieſen.

lischen, die lediglich als eine jenseitige erscheint. Zwar ist nun wiederum die sociale Ordnung richtig als ein nothwendiges Produkt der praktischen Vernunft dargestellt, das sich unabhängig von der Willkühr der Individuen entwickle, seine Gesetze aber aus der Vernunft schöpfe, und sofort auch eine Macht zur Behauptung dieser Gesetze verlange [1]). Allein der Staat hat bei R. doch wieder sehr deutlich nur etwa den Kantischen Typus an sich; er ist die Vernunft in ihrer, nöthigenfalls zwangsweisen, Anwendung auf die Koeristenz und die freie Entwicklung der gleichgeltenden Einzelwillen. Daher findet sich auch dieselbe unklare Vermischung der Begriffe von Recht und Pflicht. Einerseits ist der Staat nur der negative Ausdruck des Gleichgewichts in der Freiheit der Einzelnen, andrerseits eine positive, vormundschaftliche, das Wohl befördernde Macht. Das Verhältniß des Individuums zu ihm wird als Pflichtverhältniß vorgestellt, daher auch das Unrecht als Pflichtverletzung. Eben damit wird aber die Reaktion des Staats gegen das Unrecht in ein ganz schiefes Licht gerückt. Der Staat soll sie, gleichsam als Stellvertreter der moralischen Gerechtigkeit, üben, sie soll bloße Erscheinung dieser letzteren seyn. Da nun die qualitative Differenz zwischen dem moralisch und rechtlich Bösen, Pflicht und Recht absichtlich verworfen ist, so muß R. nothwendig eine bloß quantitative substituiren, d. h. die sociale Gerechtigkeit als einen unvollkommenen Ausdruck der moralischen darstellen [2]). Daher denn die überflüssige Deduktion des Strafrechts als eines nothwendigen Mittels zur Erhaltung der socialen Ordnung, wobei es auf

1) I. S. 254—260.
2) I. S. 260—270.

Digitized by Google

gleiche [1]) Linie mit Erziehung, Polizei, Schadenserſatzzwang ꝛc. geſetzt, und wodurch ſeine Ableitung aus der moraliſchen Gerechtigkeit wieder problematiſch gemacht wird. Freilich benützt R. jene Deduktion, um ſofort die herkömmlichen Strafzwecke der Nutzungstheorieen zu rechtfertigen, wie er denn auch (S. 281) ſogar auf die Feuerbachiſche Argumentation aus der Leerheit der bloßen Androhung auf die Nothwendig ihrer Vollziehung rekurrirt. Offenbar aber wird dadurch keine wahre Vermittlung [2]) des Strafprincips mit den Strafzwecken, ſondern nur eine dualiſtiſche Vereinigung zweier verſchiedenen Principien eingeleitet, ſo ſinnreich auch R. dieſen Dualismus dadurch zu verſtecken weiß, daß er die Gerechtigkeit, die er nicht als konſtitutives Princip für die Strafzwecke zu erweiſen vermag, wenigſtens zu ihrem regulativen macht. Offenbar bleiben ſie doch von außen her aufgenommen, und die bloße Hinweiſung auf die menſchliche Unvollkommenheit [3]) genügt nicht zum Beweiſe, daß die ſociale Gerechtigkeit einen beſchränkteren Zweck habe, als die moraliſche, ſo wenig als die Unvollkommenheit der Beweismittel und der Strafmittel eine Beſchränkung der Forderung des gerechten Maßes zu rechtfertigen vermag [4]). R. verſichert zwar, daß dieſe bloß quantitative Beſchränkung der weſentlichen Identität der ſocialen und der moraliſchen Gerechtigkeit keinen Eintrag thue; aber dieſe Verſicherung wird durch die Dialektik der Sache widerlegt, indem die Ausführung ſelbſt [5]) den logiſchen Grundſatz bewährt, daß die quan-

1) I. S. 274—280.
2) I. S. 121.
3) I. S. 282—288.
4) I. S. 294.
5) I. S. 289—306.

titative Differenz an einem bestimmten Punkt nothwendig zur qualitativen umschlägt, d. h. daß das Rossi'sche Gerechtigkeitsprincip von den nebenher zugelassenen Strafzwecken als Princip entnervt und in Widerspruch mit sich selbst gebracht wird. — Der Grund aber, warum Rossi das Nutzensprincip nicht wahrhaft zu bezwingen vermag, liegt offenbar darin, daß er die nothwendige Einheit des sittlichen Geistes von vorn herein nur als eine abstrakte auffaßt, und, statt ihren wesentlichen Unterschied in den Formen subjektiver und objektiver Sittlichkeit als einen diesseits existirenden zu erkennen, vielmehr die moralische Ordnung zu einer jenseitigen und die sociale zu deren mangelhaftem Abbilde im Diesseits macht, wodurch denn die Nothwendigkeit entsteht, eben aus dieser behaupteten Mangelhaftigkeit Beschränkungen der absoluten Gerechtigkeit nach von ihr unabhängigen, äußerlich aufgenommenen Zwecken und sonstigen Modalitäten abzuleiten, bei denen sie letztlich zur leeren Formel herabsinkt und als Princip völlig illusorisch wird. — Geht aber aus der Theorie von Rossi (da er zwar die Besserung als Strafzweck gleichfalls aufführt, aber ohne dieser relativ selbständige Geltung bei Bestimmung des Strafmaßes und der Strafarten einzuräumen) letztlich eine Präventionstheorie hervor, die ungefähr mit der Grolman'schen zu vergleichen ist, so findet die Einseitigkeit dieses Sicherungszwecks ihre Ergänzung in dem von Lukas[2]) einseitig durchgeführten Besserungszwecke. Lukas stellt sich gleichfalls der Nutzenstheorie entgegen, und will aus dem Princip der Gerechtigkeit argumentiren. Aber freilich fehlt ihm ganz die dialektische Kraft Rossi's, daher das Umschlagen der inten-

2) Du Système pénal.

Digitized by Google

birten Gerechtigkeitstheorie in eine rein relative bei ihm viel offener zu Tage liegt. Sein Syſtem zeigt eine, zwar intereſſante, aber unphiloſophiſche Miſchung von Gedanken, die theilweiſe ganz verſchiedenen Grundanſichten angehören. Einerſeits geht er aus von der Idee eines abſoluten, ſubſtantiellen Seins, das in allen Exiſtenzen das ewig Eine ſei, aber in der Welt der freien Perſönlichkeit auf eine andre Weiſe hervortrete, als in der Welt der unperſönlichen Natur. Er betrachtet die vernünftige freie Perſönlichkeit als die ſelbſtbewußte Exiſtenz jenes ewigen Seins, darum auch als die Herrſcherin über die Natur und als die Quelle des Rechts, das gar nichts Andres ſei, als der Ausdruck der Subſtantialität (Unverletzlichkeit) der Perſönlichkeit, wie ſie auf gleiche Weiſe jedem Einzelweſen zukomme, dem die Perſönlichkeit inhärire. Ja, er behauptet, daß die freien Perſonen nothwendig in der Geſellſchaft leben müſſen, und daß der Staat (in abstracto) die nothwendige Form der geſellſchaftlichen Exiſtenz ſei. Statt nun aber eben deshalb den Staat ſelbſt als ſubſtantielles Ganzes und Selbſtzweck zu erkennen, in welchem das zunächſt nur negative Recht der Perſönlichkeit in eine neue Phaſe tritt und poſitives organiſches Leben erhält, — bleibt er auf halbem Wege ſtehen und fällt nun andrerſeits auf den Standpunkt Rouſſeau's zurück, indem er den Begriff des abſtrakten (negativen) Rechts als das ganze Recht (im Gegenſatze gegen die Moralität) fixirt und den Staat in concreto auf das Vertragsprincip gründet, daher in ihm auch nichts weiter erkennen will, als die zum Schutz der Perſönlichkeit und der aus ihr fließenden negativen Rechte zuſammengetragene Geſammtkraft [1]). — Dieſelbe ſpekulative Halbheit ſpricht er in

1) A. a. O. (in der Ueberſetzung von Samhaber) S. 69—170.

Beziehung auf das Strafrecht insbesondere offen aus. Er erkennt die Idee der Gerechtigkeit als eine ewige und nothwendige an und giebt zu, daß die Wiedervergeltung ein an sich wohl zu rechtfertigender Versuch gewesen sei, diese Idee im Strafrechte des Staates auszusprechen. Allein, da er jene Idee einzig als eine moralische faßt, da er gar keine Vorstellung von dem wahren Sinn derselben (der Manifestation des Unsittlichen als des in sich Nichtigen) hat, und eben deshalb in der Wiedervergeltung nur die Vergeltung des Bösen mit Bösem sieht, zwischen dem moralisch und dem rechtlich Bösen aber gar keinen Unterschied macht, so ist es freilich begreiflich, wenn er dem Staat — und besonders seinem Staat — die Möglichkeit einer adäquaten Durchführung jener reinmoralischen Idee abspricht, wenn er die krasse Vorstellung vorbringt, als müsse die Wiedervergeltung Talion seyn (ob er gleich selbst an das germanische Kompositionssystem erinnert), und als stelle sich dabei die Strafe nur als ein Abbild des Verbrechens, mithin selbst als Verbrechen dar, wenn er endlich gar auf die Gottesurtheile sich beruft [1]). Er kann nun allerdings nicht anders, er muß auf ein Präventionssystem kommen. Gerade hier wird aber seine Schrift sehr interessant, indem sie sehr deutlich den Uebergang von Feuerbach zu Grolman und Fichte nachbildet [2]), und zugleich die Lehre der Geschichte beleuchtet, daß steigende Kultur und Verstärkung der Macht des Staats stets von selbst den Uebergang vom Abschreckungs- zum Besserungssystem mit sich führt (§. 181 Anm.). Insbesondere spricht sich seine tiefe Achtung

1) A. a. O. S. 171—209.
2) A. a. O. S. 215—407.

Digitized by

für die Idee der Persönlichkeit auf's Schönste aus, und es ist sehr richtig, wenn er bemerkt, von einer Wiederherstellung der moralischen Ordnung könne nicht die Rede seyn, wenn in der Strafe die Idee der Persönlichkeit selbst mit Füßen getreten werde. — Wie Rossi und Lukas, so geht auch Lerminier [1]) von der Weltanschauung Cousins aus, wornach die absolute Substanz in der Welt der Natur und der Freiheit sich als die Einheit des wesenhaften Seins zur Erscheinung bringt, das Eine Gute, das Positive in Allem ausmacht und in der Form der physischen und der moralischen Ordnung sich offenbart [2]). Die moralische Ordnung, um sich zu verwirklichen, fordert die Freiheit des Menschen und deren Vermittlung mit der sittlichen Nothwendigkeit [3]). Die Freiheit fordert die Persönlichkeit, und diese, da sie nothwendig Vielheit ist, wird die Quelle des abstrakten (negativen) Rechts. Zugleich ist aber der Mensch ein sociales Wesen, und der Staat daher eine nothwendige Form für die Entwicklung der Gattung [4]). Hier geht Lerminier noch weiter, als Lukas, indem er auch den konkreten Staat als eine stetige Entwicklung Gottes, als des Wesens des Gesetzes auffaßt [5]). Um so mehr muß es auffallen, daß er, nachdem er überdies noch einen Anlauf zur Metaphysik des Bösen genommen hat (wo er freilich meint, daß die Philosophie noch nicht über Kant hinausgekommen sei), gleichfalls eine Strafgerechtigkeitstheorie vorbringt, die ihr Princip selbst ganz offen in ein Aggregat von

1) Philosophie du droit.
2) Lukas S. 217—220.
3) Lerminier I. S. 30—42.
4) Ebend. S. 43—47. 71 ff.
5) Ebend. S. 76.

Strafzwecken ſich aufheben läßt [1]), ein Effekt, der freilich bei der durchgängigen Oberflächlichkeit der Ausführung wohl erklärlich iſt. — Jedoch, auch abgeſehen von dieſem Herabſinken der gedachten Gerechtigkeitsſyſteme zum Synkretismus nicht deducirter Strafzwecke, leiden ſie an dem Grundmangel des geſammten Couſin'ſchen Syſtems, der in ſeinem Eklekticismus beſteht, und der ihnen eben den Rückfall aus der idealiſtiſchen Höhe in die gemeine Empirie erleichterte. So gewandt auch Couſin Momente des ſchottiſchen Senſualismus mit Kantiſchen Elementen und mit den großen Reſultaten des objektiven Idealismus zu verbinden weiß, ſo kann dieſe geiſtreiche Verbindung doch nicht vergeſſen machen, daß die franzöſiſche Philoſophie, ehe ſie in einem wahren Idealismus Ruhe finden kann, Phaſen durchlaufen muß, die nicht ungeſtraft überſprungen werden, und die von Couſin anticipirt ſind.

Auch in Italien wird mehrfach der Verſuch der Emancipation von der Philoſophie des vorigen Jahrhunderts gemacht, die insbeſondre im Strafrechte in Italien zum Theil ihre größten Triumphe gefeiert hatte (Beccaria, Filangieri, Romagnoſi). Auch hier findet ſich aber die neue Richtung nur erſt vereinzelt vor, während der herrſchende Geiſt noch an Romagnoſi oder Bentham [2]) feſthält. In Beziehung auf das Strafrecht insbeſondre hat das Syſtem von Roſſi

---

1) Ebend. S. 171—199. Vgl. Warnkönig in der krit. Zeitſchr. V. S. 1—28.

2) *Gioja* del merito e delle ricompense. *Raffaelli* nomotesia penale. *Demarco* Ragionamenti due sull' opera di Sg. Bexon. u. A. Vgl. Mittermaier in der krit. Zeitſchr. XIV. S. 406—408. XV. S. 300 ff., beſonders auch wieder *Giuliani* Istituzioni di diritto crim.

auch in seinem Vaterlande lebhafte Erörterungen über das Strafprincip auf's Neue hervorgerufen. Allein jener Emancipationsversuch hat wohl tiefere und breitere Wurzeln, und es ist auf eine Rekonstruktion, wenn nicht der gesammten, doch der ganzen praktischen, Philosophie abgesehen. Zwar ist nun die große Revolution in der deutschen Philosophie auch in Italien nicht unbeachtet geblieben. Aber in ihrer vollen Bedeutung begriffen und fruchtbar gemacht worden ist sie nicht (so spricht z. B. Poli [1]) von der philosophischen und der geschichtlichen Rechtsschule, als den in Deutschland blühenden, theilt erstere wieder in eine philosophisch-exegetische (wohin er rechnet „Schrober, Hasse, Zimmern, Schuster und die östreichische Zeitschrift") und eine philosophisch-transcendentale, welche ihrerseits wieder getheilt wird in die ältere (Kant) und die neuere (Thibaut und Hegel), deren Tendenz seyn soll, Ein universelles, absolutes Recht für alle Zeiten und Räume, als unmittelbar praktisches Recht, zu erfinden!). — Insbesondre scheint das Wesen des Kantischen Kriticismus unverstanden geblieben zu seyn, da selbst die tiefern Geister kein Arg daran haben, auf dieselbe Weise, wie Puffendorf [2]) und die übrigen deutschen Vorgänger von Kant, Empirie und Philosophie zu verbinden. Zwar finden sich nun Erscheinungen, denen man das Studium der Kantischen Rechtslehre insbesondre wohl ansieht, ja sogar solche, welche auf die Höhe des objektiven Idèalismus [3]) sich zu erheben suchen. Aber sie bleiben eklektisch, da ihnen wenigstens das deutliche Bewußtsein des Grundproblems aller neueren Phi-

1) Saggi di scienza politico-legale. I. S. 44. 45. not. 3.
2) Derselbe ist noch i. J. 1841 neu herausgegeben und erklärt worden.
3) Trinchera hat Ahrens übersetzt. Mancini spricht von Stahl ꝛc.

Digitized by Google

losophie, d. h. der Lösung des Gegensatzes zwischen Seyn und Denken fehlt. Ganz und gar auf dem vorkantischen Standpunkte steht Carmignani [1]) (s. o.), den das richtige Bewußtsein leitet, daß der Geist nicht bloß eine Modifikation der Natur sei, daher er zwar noch, wie Romagnosi, den Realgrund der gesellschaftlichen Entwicklung in die Natur legt, dagegen die Vernunft zum regulirenden Princip macht. Dem nüchtern verständigen Denker erscheint der durchgeführte Idealismus als Phantasie und Poesie; da er den Geist nur in der Form der Endlichkeit erkennt, hat er keine Ahnung davon, daß die Natur auch wohl eine Modifikation des Geistes seyn könne, und so bleibt er bei dem aufrichtig erklärten Dualismus stehen, der jedenfalls methodischer ist, als der unkritische Eklekticismus Andrer unter seinen Landsleuten. In gewissem Sinne könnte man nun den Kantischen Fortschritt bei Baroli [2]) wiederfinden wollen, sofern wenigstens seine ganze Deduktion des Rechtsbegriffs auf's Unmittelbarste an die metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre erinnert, seine Begründung des Strafrechts insbesondre aber die offenbare Tendenz zeigt, den kategorischen Imperativ Kant's mit der konsequenten Weiterbildung des Systems durch Feuerbach zu vermitteln [3]). Es ist zwar mehr als zweifelhaft, ob dieser Fortschritt auch wirklich aus dem umfassenden Bewußtsein über die Rechte der Philosophie im Ganzen, aus dem Fokus der Kantischen Vernunftkritik hervorgegangen, und noch mehr, ob er in dieser Bedeutung von Andern gewürdigt worden sei. Indessen liegt darin

1) Teoria I. S. 37—96. Vgl. Prodromo d'un insegnamento della filos. del diritto.

2) *Baroli* diritto naturale. I. S. 63 ff.

3) Ebend. IV. S. 120 ff.

Digitized by

jedenfalls die methodiſche Entwicklung des bei Carmignani nur regulativ auftretenden rationellen Princips zum konſtitutiven, obgleich der entſchiedene Durchbruch zum ſubjektiven Idealismus nicht gewagt, vielmehr die Wirklichkeit noch in der zweideutigen Stellung, die ihr Kant giebt, belaſſen, und das Vernunftgeſetz nur unter der Kategorie des Sollens aufgefaßt wird. In der gleichen Sphäre bewegen ſich die Aufſätze von Bon-Compagni [1]), der ſogar noch den weiteren Anlauf nimmt, auch die geſchichtliche Entwicklung des Rechts aus der Entwicklung der Volksvernunft zu deduciren (wobei er die geſchichtliche Schule der Deutſchen einer treffenden Kritik unterwirft), nothwendig aber an der beſchränkten Auffaſſung der Vernunft als ſubjektiv endlicher, worüber er zuletzt doch nicht hinauskommt, ſcheitern muß. Aehnlich verhält es ſich mit Poli (ſ. o.), der zwar auf den erſten Anſchein den Standpunkt von Carmignani zu behaupten ſcheint, offenbar aber mit der Behauptung, daß die rationaliſtiſche Methode durch die experimentale ergänzt werden müſſe, ein viel tieferes Bedürfniß ausdrücken will, deſſen Erfüllung ihm bei einem genaueren Studium der modernen deutſchen Philoſophie aufgehen müßte, während er der irrigen Meinung iſt, daß dieſe noch heute reiner ſubjektiver Idealismus ſei [2]). Denn er erklärt als einzige Quelle des Rechts die Vernunft, er verwirft den Gegenſatz von Naturrecht und poſitivem Recht, er ſetzt das letztere zu einer bloßen Beſonderung des Einen, allgemeinen Rechts in Raum und Zeit herab, er dringt auf die Einheit der ſittlichen Idee, ohne darum den Unterſchied zwiſchen

1) In den annali di giurisprudenza. 1840.

2) Freilich weiß er von Hegel nur durch Lerminier; aber auch ſo bleiben ſeine Mißverſtändniſſe faſt unbegreiflich.

Digitized by Google

Recht und Moral zu verkennen, er hat den richtigen Begriff, daß die Freiheit erst in der Rechtsordnung wirklich werde, daß der Staat eine Nothwendigkeit sei, er sieht in der Persönlichkeit die Grundlage und Möglichkeit des Rechts; insbesondre aber dringt er darauf, daß die Rechtsidee nicht bloß als regulirendes, sondern als konstitutives Princip erkannt werden müsse. So liegt ihm denn der Uebergang zum objektiven Idealismus, wofür seine Berufung auf den in der Geschichte manifestirten senso commune nur ein Nothbehelf ist, keineswegs fern, und es fehlt ihm nur an der Erkenntniß des im endlichen Geiste immanenten, und in Vernunft und Geschichte nur sich selbst entwickelnden Geistes. Für das Strafrecht insbesondre verwirft er alles Utilitätsprincip, und spricht aus [1]), daß es ganz auf dem Gedanken der absoluten Nichtigkeit des Unrechts beruhe. Das gleiche Bedürfniß, Vernunft und Wirklichkeit in höherer Einheit vermittelt zu finden, bewegt aber auch andre italienische Philosophen, und zeigt sich bei ihnen, obgleich sie, wie Poli, nicht zum vollen idealistischen Durchbruch kommen, offenbar tiefer, als bei der eklektischen französischen Schule. In der That ist auch der idealistische Theil von Cousins Philosophie weit mehr der früheren, als der späteren Gestalt des objektiven Idealismus der deutschen Philosophie verwandt, wie er denn von jener auch die intellektuelle Anschauung geborgt hat, und seinem Absoluten zwar die absolute Substantialität und Kausalität beilegt, aber den Prozeß, wodurch es zum absoluten Geiste würde, unvollzogen läßt [2]). Ohne Zweifel hängt damit die Oberflächlichkeit

1) A. a. O. S. 29.

2) *Cousin* Cours de philosophie. 1828. Vgl. *Damiron* Essai sur l'histoire de la philos. S. 323 ff.

Digitized by Google

zuſammen, womit Lerminier den geſchichtlichen Progreß der Rechtsidee auffaßt, und nicht minder der entſchiedene Rückfall in das Princip der ſchottiſchen Moralphiloſophie, der ſich bei Th. Jouffroy findet. Im Gegenſatz hiezu zeigt ſich bei den Italienern ein viel tieferes Gefühl der Nothwendigkeit, die geſchichtliche Wirklichkeit als wirkliche Manifeſtation der Idee zu begreifen. Die Franzoſen ſtehen dem ſubjektiven [1]), die Italiener dem objektiven Idealismus näher. Nur freilich gelingt es dieſen nicht, den Sprung, den ſie Roſſi zum Vorwurf machen, anderweitig zu vermitteln, und ſie bleiben gleichfalls eklektiſch. Gleichwohl iſt der Unterſchied ſehr fühlbar. Während nämlich der franzöſiſche Eklekticismus, deſſen Methode direkt auf die Ichphiloſophie hinweist, dann aber ohne Berechtigung in das Identitätsſyſtem überſpringt, ohne den Scheidungsproceß zwiſchen Natur und Geiſt zu erreichen, eben dieſer ſeiner paſſiven Myſtik halber die Nation nicht zu befriedigen ſcheint, vielmehr theils ſeine eigenen Anhänger ſich entweder dem ſubjektiven Idealismus principiell zuwenden, oder einen geſchichtlichen Progreß der Idee behaupten, der eben darauf hinausläuft, theils die herrſchende Philoſophie in ihrem Drange nach der ſocialen Reform gerade in den ſubjektiven Idealismus hineinſtrebt und dadurch den Materialismus zu bewältigen ſucht, — während mithin die franzöſiſche Philoſophie im Ganzen darauf aus iſt, die Idee des freien Ich zu erringen und ſeinen Idealen die Realität dienſtbar zu machen, ſo findet ſich gerade dieſer aktive Drang, dieſer praktiſche Durſt des Sollens bei den Italienern weniger, vielmehr

1) Vgl. den ganz kantiſchen Catéchisme du droit naturel von *H. Jouffroy*. 1841.

rekurriren sie auf ihren Landsmann Viko und zeigen einen vorherrschend theoretischen Trieb. Sie ahnen den Gott in der Wirklichkeit, mit dem sie die Vernunft versöhnen möchten; die Wirklichkeit ist ihnen nicht das Schlechte, erst zu Idealisirende; sie möchten gerade das erringen, was der französische Eklekticismus anticipirt, aber der herrschende Geist wieder hat fallen lassen; ihnen ist es um das Identitätssystem zu thun, um die Bestätigung der subjektiven Vernunft durch die objektive. So wenig nun aber Poli dieses Bedürfniß auf dem rechten Wege zu befriedigen weiß, so wenig gelingt dies dem Grafen Mamiani [1]), der zu seinem Princip, daß das absolut Gute wirklich objektiv existire, auf eine Weise gelangt, die in ein ganzes Nest von unspekulativen Voraussetzungen blicken läßt, und am ehesten noch mit der Jakobischen Glaubensphilosophie in Verwandtschaft steht, weshalb auch der Tadel Rossi's von seiner Seite als ganz unbegründet erscheint. Denn der senso commune des Letzteren hat jedenfalls so viel Recht und Unrecht, als die verschiedenen Arten von Glauben (an ein höchstes Wesen, höchstes Gut, Werth der Tugend, Perfektibilität ꝛc.), wovon der Erstere ausgeht. Dieser willkührliche Anfang zeigt denn auch seine unausbleiblichen Folgen in der Willkührlichkeit des Systems selbst. Während nämlich auf dem einmal eingenommenen Standpunkte keine weitere Berechtigung vorlag, als eine unendliche Annäherung zu dem absolut Guten, und zu diesem Behufe ein Moralgesetz und als Grundlage dafür die Freiheit des Menschen zu statuiren, mithin die Religion erst aus der Moral hervorgehen zu lassen und aller Unterschiebungen objektiver Wirklichkeiten unter die

1) Intorno alla filos. del diritto. S. 15—17.

überſinnlichen Begriffe ſich zu enthalten, ſo nimmt im Gegentheil Mamiani gar keinen Anſtand, die Exiſtenz des abſolut Guten unmittelbar als Realprincip zu behandeln, die endliche Welt als gegeben anzunehmen, und ſofort die Exiſtenz jenes abſolut Guten in dieſer Welt zu behaupten. Die ganze ſpekulative Rechtfertigung dieſer Objektivität läuft, da der Verfaſſer an den ontologiſchen Beweiſen für das Daſein des höchſten Weſens ſelbſt Skrupel hat, auf einen ſogenannten naturphiloſophiſchen Satz, nämlich darauf hinaus, daß die Natur nicht täuſchen wolle und könne, daß alſo aller ſpontane, univerſelle Glaube der Menſchen innerlichſt und unmittelbar Zeugniß objektiver Wahrheit ſei, d. h. mit andern Worten: der Verfaſſer verzichtet auf die Spekulation, poſtulirt, was zu beweiſen wäre, und behauptet nun von ſeinem Abſolutguten, was ihm beliebt (er geſteht zwar, daß die weitere Anwendung jenes oberſten Begriffs zunächſt nur hypothetiſche Wahrheiten ergebe, aber dieſe hypothetiſchen Wahrheiten verwandeln ſich in lauter Realität, die ihnen aus dem oberſten Begriffe zufließe). Dieſe Behauptungen ſind nun allerdings großentheils tiefe Wahrheiten, nur leider ohne Beweis; und eben darum miſchen ſich auch viele Irrthümer mit ein. Das abſolut Gute hat dem Verfaſſer ſeine Exiſtenz als Ordnung im (phyſiſchen und geiſtigen) Univerſum und macht deſſen Urſache aus, indem es den endlichen Dingen ſein Weſen mittheilt, ohne es darin zu erſchöpfen; die Anordnung nämlich, wornach das Endliche als Mittel für das unendlich Gute zur größtmöglichen Theilnahme an dieſem berufen iſt, bildet die moraliſche Weltordnung. Was dieſer entſpricht, iſt gut, was ihr nicht entſpricht, bös. Im Weſen der moraliſchen Ordnung liegt es aber, daß das Gute Gutes, das Böſe Böſes fordert.

Giebt es nun intelligente freie Wesen, so haben sie die stete Pflicht, Gutes zu thun, d. h. die moralische Ordnung zu befolgen; thun sie das Gegentheil, so muß auf das Böse Böses erfolgen. Hierin liegt die richtige Einsicht in die unendliche Einheit der sittlichen Substanz; aber zur Idee ihrer Immanenz vermag sich der Verfasser nicht aufzuschwingen, obgleich er es versucht; vielmehr bleibt ihm das Unendliche und Endliche außer einander, und nur durch den Kausalitätsbegriff verknüpft. Während aber hiedurch das endliche Ich nicht einmal als Accidenz der Substanz des göttlichen gesetzt, sondern außerhalb desselben gestellt und auf die unendliche Annäherung mittelst der Erfüllung des sittlichen Gesetzes angewiesen wird, so wird andrerseits eine wahre Immanenz des absolut Guten in allen objektiv-sittlichen Gesetzen und Einrichtungen behauptet, insbesondre also der Staat als unmittelbare Existenz der moralischen Ordnung selbst gesetzt, daher auch mit dem göttlichen Rechte bewidmet, dem gegenüber für den Menschen nur die Pflicht übrig bleibt, während er ein Recht nur mittelbar haben kann, d. h. sofern er im Namen des Gesetzes irgend etwas fordern darf [1]). Daß es nun leicht ist, aus solchen Prämissen eine absolute Strafrechtstheorie zu konstruiren, liegt am Tage. Das Wahre daran ist denn auch die, darin nur ungeschickt ausgedrückte, Nichtigkeit des Unsittlichen in sich, welche schlechthin seine Wiederaufhebung fordert. Daß aber nach dem Vorhergehenden aller Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Sittlichkeit aufgehoben, mithin die specifische Wesenheit der Begriffe von Recht, Verbrechen und Strafe gänzlich verkannt ist, braucht keiner Auseinandersetzung.

1) A. a. O. S. 19—26.

Gerade die Hauptprobleme, welche Handlungen als Verbrechen anzusehen, wie moraliſche und phyſiſche Uebel in Gleichung zu bringen ſeien ꝛc., ſind daher auch auf die willkührlichſte, und theilweiſe oberflächlichſte Weiſe gelöst [1]). — So ſehr nun der Verfaſſer gegen den Vorwurf des Eklekticismus proteſtirt, ſo trifft er ihn doch offenbar mit Recht. Sein ganzes Syſtem ſtrebt, objektiver Idealismus zu werden, die unendliche Einheit und Immanenz der ſittlichen Subſtanz zu begreifen; aber dies bringt er nur halb zu Stande, da er in Beziehung auf das Verhältniß des Abſoluten zum endlichen Ich vom Standpunkte der Tranſcendenz nicht loskommen kann, daher hier doch wieder den Progreß in's Unendliche, den quantitativen Unterſchied, die Trennung von Jenſeits und Dieſſeits anbringt, und ſomit zum Princip des Ganzen nicht den Begriff der Subſtantialität, ſondern den der Kauſalität macht, wodurch alle in der erſteren Richtung ausgeſprochenen tiefen und wahren Gedanken wieder in Widerſpruch mit ſich ſelbſt kommen. — Dieſe Verwirrung wirft denn auch Mancini [2]) ſeinem befreundeten Gegner mit Recht vor, nur daß er freilich ganz als Reflexionsphiloſoph argumentirt, dem gerade der ſpekulative Drang Mamiani's, die unendliche Einheit des abſoluten ſittlichen Geiſtes zu begreifen, ein Unbegreifliches bleibt. Er ſelbſt hat zwar an Kant Allerlei auszuſetzen, will namentlich die Idee Gottes der Moral zur Quelle geben, ſtatt ſie erſt daraus abzuleiten, und damit ein Realprincip für die Ethik erlangen; allein, hievon abgeſehen, argumentirt er weſentlich vom

1) A. a. O. S. 27—48. Der Verf. hilft ſich mit den Kategorieen der Möglichkeit und der Konvenienz, und mit dem Satz, daß man von zweien Uebeln das geringere wählen müſſe.

2) A. a. O. S. 57—129.

Kantischen Standpunkte aus, indem er insbesondre auf die Unterscheidung von Moral und Recht bringt und die Rechtssphäre als die des Menschen der Erscheinung bestimmt, der mithin darin als ein aus Vernunft und Sinnlichkeit gemischtes Wesen genommen und folgeweise nicht unter das reine Moralgesetz, sondern nur unter ein Gesetz gestellt werden könne, das dem Wesen seiner Persönlichkeit adäquat, mithin eben sowohl auf sein Wohl, als auf das abstrakte Recht berechnet sei. Dabei scheint er denn freilich zu übersehen, daß er (was er läugnet [1]) die Vernunft um ihre Autonomie bringt und auf den Leibnitz-Wolffischen Standpunkt zurückfällt, während er über Kant hinauszuschreiten meint. Er zeigt geschickt, daß die Identifikation von Moral und Recht nichts tauge, daß das Gute, und eben darum auch die Pflicht, keine Grade habe, daher vom Recht und Verbrechen wesentlich verschieden seyn müssen, daß das positive Rechtsgesetz nicht unmittelbar mit dem absoluten Sittengesetze identificirt werden dürfe [2]), daß die Behauptung, das Recht inhärire wesentlich nur Gott, die Pflicht dem Menschen, und dieser habe nur Rechte durch Mittheilung von Seiten Gottes, eine sehr gefährliche und sowohl den Begriff der Moral als des Rechts aufhebende sei, daß eben darum auch das Strafrecht nicht auf die Idee der moralischen Gerechtigkeit gegründet werden könne. Eben hier weist Mancini treffend die oben angeführte Willkührlichkeit nach, womit sein Gegner die Handhabung des Strafrechts durch den Staat, die Gleichung zwischen moralischen und physischen Uebeln, die Beschränkung des Strafrechts auf wirkliche Ver-

1) A. a. O. S. 63.

2) Gerade hier übersieht freilich Mancini die tiefere Wahrheit, die gleichwohl in des Gegners Sätzen liegt.

brechen, der Aufstellung eines brauchbaren Maßstabs für die Strafbarkeit zu rechtfertigen sucht. Nur freilich schüttet er das Kind mit dem Bade aus, indem er mit dem Princip der moralischen Gerechtigkeit auch zugleich das der rechtlichen, d. h. das allein so zu nennende Gerechtigkeitsprincip als unhaltbar aufgezeigt zu haben sich einbildet. Das Resültat ist endlich, daß beide Schriftsteller zu synkretistischen Straftheorieen kommen, Mancini ausgesprochener Maßen, Mamiani, ohne es Wort haben zu wollen, aber darum doch nicht minder, und aus keinem andern Grunde, als es bei Rossi der Fall ist. — Der tiefsinnigste unter den neueren Philosophen Italiens, freilich auch der wunderlichste, ist ohne Zweifel der Abbate Rosmini [1]) (in Roveredo), der an spekulativer Kraft alle bisher Genannten überbietet, ebenso aber wieder unphilosophischer ist, als sie Alle, da er den absoluten Geist unbedenklich unmittelbar mit dem Gott der christlichen Offenbarung, ja noch näher mit dem Gott des Katholicismus identificirt, — und zwar auf eine so auffallende Weise, daß man sein System einen materialisirten Idealismus nennen kann. Empirische Voraussetzungen giebt es für ihn nicht, die gedachte Eine ausgenommen, die er spekulativ konstruirt zu haben meint. Er kennt kein Seyn, als das der Idee, welches in der menschlichen Intelligenz zum Bewußtsein wird. Diese Immanenz des Seyns schließt ihm aber die menschliche Freiheit nicht aus, da die Intelligenz zwar der Potenz nach nothwendig bestimmt, dagegen die aktive Reflexion und der daraus hervorgehende Wille frei sind. Die Sittlichkeit besteht ihm

1) S. über ihn den neulich erschienenen Artikel von Ferrari in der Revue des deux mondes.

Digitized by Google

sodann in der theoretischen und praktischen Anerkenntniß jener immanenten Wahrheit, welche eine That der Freiheit seyn muß, das Böse daher in der freiwilligen Losreißung aus der Einheit des substantiellen Seyns, die mithin nicht bloße Bestimmtheit des Willens, sondern zugleich der Intelligenz, d. h. des ganzen Geistes ist, und wodurch die Person sich selbst ihrer Würde, ihrer Theilnahme am Seyn, beraubt. Umgekehrt ist das sittlich Gute (d. h. die freie Erkenntniß und Bethätigung des immanenten Seyns) der Punkt, wo das subjektiv Gute mit dem objektiv Guten eins wird, die Person an dem ewigen Seyn selbst Theil nimmt und mit ihm sich erfüllt [1]). — Nach solchen Prämissen versteht es sich von selbst, daß in einem solchen Systeme Recht und Moral nicht auseinander fallen können. Vielmehr erklärt Rosmini das Recht für die Vermittlung der Moral mit der Eudämonologie, und definirt es als eine durch das Sittengesetz geschützte Macht der Person, für ihr Wohl thätig zu seyn, ohne von Andern daran gehindert werden zu dürfen. Damit ist nun freilich das Recht nur nach der subjektiven Seite ausgesprochen, wie denn auch der Begriff der Persönlichkeit der höchste in dem Systeme bleibt. Daß der Verfasser Recht und Staat als das System der objektiven Sittlichkeit auffassen werde, war nicht zu erwarten, da er damit dem Primat der Kirche präjudicirt haben würde. Daher kommt es wohl auch, daß er den Staat nicht als Selbstzweck, sondern nur als Mittel für die Realisirung des persönlichen Rechts und Wohls gelten läßt [2]).

1) Filosofia del diritto S. 61—81. Vgl. N. Saggio intorno l'origine delle Idee. — Principi della Scienza Morale. — Storia compar. dei sistemi morali. — Antropologia.

2) La Società ed il suo fine und Fil. del dir. S. 664—670. Mit

Immerhin aber hat er die richtige Einsicht, daß der Formalismus des Kantischen Rechtsbegriffs nicht genügen könne, den er daher mit dem Momente des eudämonologischen Wohls ausfüllt. Ebenso widerstrebt ihm die Fichtische Konsequenz des subjektiven Idealismus, und noch viel mehr die materialistische Konstruktion des Rechts von Romagnosi, Bentham ꝛc. Daß er aber gleichwohl darauf besteht, das Recht nur als das Sittlicherlaubte aufzufassen, dem die Funktion des Zwangs inhärire, dagegen die Anerkennung desselben als einer dem subjektiv Sittlichen koordinirten objektiv sittlichen Nothwendigkeit, die ihre eigene Daseinssphäre haben muß, geflissentlich umgeht, das gehört mit zu den unumgänglichen Widersprüchen, wozu ihn sein religiöser Empirismus nöthigt, und welche zu beseitigen er vergebens die ganze Kraft seines Scharfsinns aufbietet. Gerade seine Grundlegung des Strafrechts ist es nun insbesondere, bei welcher diese Irrationalität auf eine merkwürdige Weise hervortritt. Er verwirft die Theorieen der Utilitarier, insbesondre die Romagnosische Konstruktion des Strafrechts als Vertheidigungsrechts; er proklamirt das Princip der Gerechtigkeit, — und gleichwohl endet er eben da, wo Rossi endet, nur mit dem Unterschiede, daß er gerade heraus sagt, was dieser verschweigt oder wenigstens hinter unbestimmten Formeln verhüllt. — Er geht [1]) aus von dem Grundsatz, daß jedes Recht als solches unverletzlich sei, weil es (sei es Recht einer individuellen oder der Kollektivperson des Staates) ein integrirendes Moment der Persönlichkeit und ihres durch

---

bestem Rechte und großer Kraft bekämpft übrigens Rosmini den Staatsabsolutismus, und vertheidigt den absoluten Werth der Persönlichkeit. S. 672—686.

1) Filos. del dir. S. 656—785.

Digitized by Google

das Sittengesetz geschützten Wohls bilde. Jede Verletzung rufe nun die der Potenz nach in jedem Rechte ruhende Macht des Zwanges zur Aktualität hervor, und dieser Zwang äußere sich auf eine doppelte Weise, nämlich als Vertheidigung (resp. Prävention) gegen die noch bevorstehende, und als Entschädigungszwang gegen die vollbrachte Rechtsverletzung. — Die Vertheidigung an sich nun bedarf ihm keiner weiteren Rechtfertigung, die vielmehr in demselben Sittengesetze liegt, durch welches das zu vertheidigende Recht selbst autorisirt wird. Wohl aber bedarf es einer besonderen Rechtfertigung für die Vertheidigung, sofern sie so weit gehen soll, einem Andern einen Schaden zuzufügen. Diese liegt aber in dem Grundgesetze der Gerechtigkeit, wornach, wie das moralisch und das eudämonologisch Gute, so das moralische und eudämonologische Uebel in demselben Subjekte sich ausgleichen, d. h. jede freiwillige Ursache des Bösen die gerechte Strafe erleiden muß. Da nun jeder Angreifer eines fremden Rechts freiwillige Ursache theils des Bösen, das er selbst begeht, theils des physischen Uebels des Angegriffenen ist, so erleidet er den durch die nothwendige Vertheidigung des angegriffenen Rechts für ihn resultirenden Schaden als gerechte Strafe [1]). — Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Recht der Entschädigung. An sich braucht es keiner weiteren Rechtfertigung; diese liegt vielmehr in dem Begriff des Rechts selbst, als einer von dem Sittengesetze beschützten Thätigkeit, womit die Persönlichkeit irgend ein Objekt ihres Wohls in der Identität mit sich erhält; sofern nämlich diese Thätigkeit das ihr entrissene Objekt wieder an sich bringt, ist sie einfache Wiederherstellung der sittlichen Ordnung selbst.

1) A. a. O. S. 696—698.

Digitized by

Dagegen braucht es wiederum einer besonderen Rechtfertigung, sofern mit dieser Wiederherstellung ein Schaden oder Schmerz für den Verletzer des Rechts verbunden seyn soll. Diese liegt aber, wie oben, in dem Grundgesetze der Gerechtigkeit, wornach der freiwillig Unrechthandelnde Strafe verdient [1]). — Wenn gleich aber hiernach die Persönlichkeit die gedachten beiden Rechte an sich hat, und sie selbst in der Weise, daß dem ungerechten Angreifer Schaden zugefügt werden darf, besitzt, so ist doch das hier interveniрende Strafrecht kein Recht der Person, sondern dieses Recht macht nur die Ausübung der gedachten Rechte der Person in der gedachten Ausdehnung möglich. — Das Strafrecht kommt aber der Person — und, da der Staat nur Kollektivperson ist — auch dem Staate nicht zu aus folgendem Grunde. Nicht etwa, weil das Gesetz der Wiedervergeltung an sich eine Ungerechtigkeit und Barbarei wäre [2]), noch weil wegen der Gleichheit der Menschen nicht einer über den andern urtheilen könnte, noch weil es etwa dem Einzelnen oder dem Staate nicht möglich wäre, juridische Gewißheit von der Existenz des Verbrechens und der Schuld zu erlangen, noch weil je eine nach dem Gesetze der Talion verhängte Strafe für die wahre Schuld zu streng seyn könnte, sondern bloß deswegen, weil der Mensch das Strafrecht gerade aus dem Grunde nicht ausüben kann, aus welchem seine Ausübung allein der Idee der Gerechtigkeit entspricht. Er könnte es nämlich an sich aus vier Gründen ausüben: 1) aus lauterer Liebe zur Gerechtigkeit selbst, 2) aus Liebe zu sich selbst, 3) aus Liebe zum verletzten Nächsten, 4) aus Liebe zu

1) A. a. O. S. 767. 768.

2) Solche Behauptungen nennt Rosmini ungesalzenes Geschwätz.

Digitized by Google

Gott, d. h. seine Ausübung kann von dem Menschen als allgemeinem, oder von ihm als besonderem Willen ausgehen. Natürlich ist es nun dem Verfasser leicht, zu zeigen, daß das vom besondern Willen (ad 2. 3) ausgehende Strafrecht nur Rache und somit der Gerechtigkeit nicht adäquat sei. Allein er glaubt auch beweisen zu können, daß vom Standpunkte der Persönlichkeit und des Staats aus kein vom allgemeinen Willen ausgehendes Strafrecht möglich sei. Er giebt zwar zu, daß in der menschlichen Natur eine Neigung zur objektiven Gerechtigkeit liege, und daß es Fälle geben könne, in welchen der Mensch, mit voller Gewißheit über die Schuld, aus reinem Interesse an der Gerechtigkeit das Gesetz der Wiedervergeltung übe, — und in der That konnte Rosmini, bei seiner Ansicht über die Immanenz des Absoluten, ohne ein solches Zugeständniß nicht wegkommen. Wenn man nun aber erwarten sollte, daß er eben im Staate den allgemeinen Willen anerkennen werde, der ohne Trübung durch die Interessen des Einzelwillens, aus reiner Liebe zur Gerechtigkeit und ihrem göttlichen Wesen, die Reaktion gegen das Verbrechen übe, — so tritt nun eben hier der schneidende Widerspruch, an dem die gesammte Weltanschauung des Verfassers leidet, wieder auf die unverblümteste Weise hervor. Er wird plötzlich wieder transcendent, — nicht um es zu bleiben, sondern weil er den transcendenten Gott nothwendig hat, um die Kirche als seine specifische Erscheinung dem Staat auf den Nacken zu setzen. Eben deshalb ist ihm denn der Staat nicht die allgemeine Persönlichkeit, sondern nur eine Kollektivperson, eine Gesellschaft, in welcher mithin dieselben Mängel fortdauern, die an der einzelnen Persönlichkeit sich finden. Der Staat ist nicht reiner allgemeiner Wille, kann nicht

Organ der Gerechtigkeit an und für sich seyn. Denn der Staat ist nur der multiplizirte Mensch, und durch den Sündenfall hat der Mensch jene Fähigkeit verscherzt. Vielmehr sagt die Schrift: „Mir gehört die Rache" spricht der Herr; — und das ist auch für die Menschen sehr gut; denn, wollten sie ihr Unrecht auf gerechte Weise strafen, so müßte das ganze Geschlecht sich vertilgen, wogegen Gott neben der Gerechtigkeit die Barmherzigkeit selbst ist. — So deducirt, offen und unumwunden, Rosmini die bloße Relativität der menschlichen Gerechtigkeit, sowie die niedrige Stellung des Rechts und des Staats in der gesammten sittlichen Ordnung überhaupt. Die irdische Gerechtigkeit hat es nicht mit dem Wesen im Unrecht, sondern nur mit seiner äußern Erscheinung als Schaden zu thun, gegen den sie das Recht der Vertheidigung und der Entschädigung ausüben kann, und solchenfalls auch als relatives Organ der Idee der Gerechtigkeit selbst ausübt [1]). Eben hiemit stellt er sich gleichwohl wieder den Theorieen von Romagnosi und ähnlichen entschieden gegenüber [2]), wie er denn auch durch geschichtsphilosophische Ausführungen seiner Ansicht die objektive Probe zu verschaffen sucht. Uebrigens besondert sich ihm das Vertheidigungsrecht näher zu vier Rechten: dem der einfachen Vertheidigung, dem der Prävention, dem der Repression durch Strafdrohung, und dem der Garantie [3]); ebenso das der Entschädigung zu dem Rechte der Wiedererstattung und der Vergütung. Mit der Ausübung eines jeden dieser Rechte entsteht eine Superiorität über den, gegen den

1) A. a. O. S. 698—709. 761—766.
2) Ebend. S. 715. 716.
3) Ebend. S. 732—754.

Digitized by Google

es ausgeübt wird [1]). Da nun der Staat specifisch aus dem Rechte der Garantie entsteht, diese sich aber auf eine dauernde Gefahr stützt, so bringt Rosmini auf diesem Wege doch noch die Superiorität des Staats heraus, der nun insbesondre in der Form der Prävention und Repression des verbrecherischen Reizes durch Strafandrohung das Vertheidigungsrecht auszuüben, in Beziehung auf das Vergütungsrecht aber das Gesetz der Menschlichkeit zu befolgen hat, welches gebietet, dem Verletzer so wenig als möglich Schaden zuzufügen, wie eben insbesondre noch das Recht der Familie und der Kirche auf die erziehende Strafgerechtigkeit gegenüber der Strafgerechtigkeit des Staats vertheidigt wird [2]).

Dritter Abschnitt.

Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

§. 208.

Indem sich das Verbrechen als unendliche Negation dessen, was den Grund des Staats selbst ausmacht, die Strafe dagegen als die von Seiten des Staats zu vollziehende Wiederaufhebung dieser Negation in der Totalität ihrer Momente aufgewiesen hat, so ist damit von selbst die Nothwendigkeit für den Staat ausgesprochen; 1) die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen auf begriffsgemäße Weise zu realisiren. Da jedoch die im Verbrechen liegende sittliche Negation ihre Wiederaufhebung durch den Staat nur zu dem gedoppelten Zwecke verlangt, damit dem

1) Ebend. S. 784. 785.
2) Ebend. S. 771. n. 1.

Digitized by Google

im Geſetz objektivirten ſittlichen Geiſte genug gethan und in dem Willen des Verbrechers ſubjektiv das Unrecht getilgt werde, dieſer Zweck jedoch als ein vom Staate zu realiſirender hinwegfällt, wenn er auf andre Weiſe erreicht wird, ſo ergiebt ſich 2) die Nothwendigkeit für den Staat, ſich der Strafe zu enthalten und die Tilgung des Verbrechens in andrer Form anzuerkennen, wenn dieſe als ein Akt des Unendlichen für ſich im Tode des Verbrechers oder in der Verjährung eintritt. Dieſe Macht des Unendlichen tritt aber 3) auch innerhalb des Staats ſelbſt auf und realiſirt ſich hier als Einheit der beiden andern Formen, nämlich als Aufhebung des Verbrechens durch den in der Form der Subjektivität ſich bethätigenden unendlichen Willen, d. h. durch die vom Staatsoberhaupt ausgehende Gnade [1]).

I. Verhältniß der Strafe zum Verbrechen.

§. 209.

Die Strafe iſt die unmittelbare Wiederaufhebung der im Verbrechen liegenden ſittlichen Negation an dem endlichen Willen, der ſie geſetzt hat. Dieſelbe hat, nach dem bisher Ausgeführten, die Tilgung der verbrecheriſchen Schuld durch die Verwirklichung der objektiven Genugthuung zum Zweck, daher ihr Princip die Wiedervergeltung nach dem gerechten Maße ſeyn muß. Dieſes Prinzip in der Weiſe zu verwirklichen, daß auch die übrigen Strafzwecke in ihrer relativen Nothwendigkeit Anerkennung finden, mithin den Begriff der Strafe in ſeiner organiſchen Totalität zu realiſiren, iſt die Aufgabe des Staats. Da nun der Begriff des Verbrechens in qualitativer und quantitativer Beſtimmtheit zum Daſein gelangt, ſo muß auch die

---

1) Wirth, Ethik. II. S. 318. 319.

Digitized by Google

Strafe die gleiche Maßbeſtimmtheit erhalten. Dieſe Maßbeſtimmtheit iſt aber, wie jede endliche, eine doppelte, — nach Arten und Individuen. Wie nun der Begriff des Verbrechens ſich in beſtimmte Arten auseinanderlegt, dieſe Arten aber wieder relative Allgemeinheiten ſind, innerhalb deren erſt das konkrete Verbrechen als individuelle Einzelheit wirklich werden kann, ſo muß auch der Begriff der Strafe zu beſtimmten Arten ſich beſondern, und ſofort in der beſtimmten Art erſt für das konkrete Verbrechen die konkrete Strafe ermittelt werden. Handelt es ſich aber hier um weſentlich unterſchiedene Funktionen, ſo werden auch im Staate dieſe Funktionen an verſchiedene Gewalten ſich vertheilen müſſen, deren eine das Allgemeine an Verbrechen und Strafe, ihren Begriff und ihre Arten, als abſolute Norm zu ſetzen, die andre aber dieſe allgemeinen Normen an den konkreten Fällen durchzuführen hat. Es iſt mithin zunächſt a) durch die geſetzgebende Gewalt das Verhältniß zwiſchen Verbrechen und Strafe überhaupt und zwiſchen ihren Arten, ſowie die allgemeine Norm feſtzuſetzen, wornach innerhalb dieſer ſich entſprechenden Beſonderheiten die konkrete Strafe für das konkrete Verbrechen ermittelt werden muß. Sodann hat b) die richterliche Gewalt dieſe allgemeinen Normen an der unendlichen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle wirklich zu vollziehen. Da nun aber das Verhältniß dieſer beiden Gewalten ein ſolches iſt, daß die zweite, obgleich zu relativ freier Selbſtbeſtimmung berechtigt, gleichwohl durch die von erſterer geſetzten Schranken ſchlechthin gebunden erſcheint, während andrerſeits die Natur der geſetzgebenden Gewalt die Abſtraktheit ihrer Normen nothwendig mit ſich bringt, ſo entſteht c) für diejenigen Fälle, in welchen die abſtrakte Realiſirung des Geſetzes zu einem Widerſpruch deſſelben mit ſeinem Zwecke führen würde, das Bedürfniß, eine ſolche Antinomie zu löſen. In der Entſtehung dieſes Be-

Digitized by Google

dürfniſſes aber, welches nur durch die die beſondere Gewalten in die Einheit zuſammenfaſſende Centralgewalt erfüllt werden kann, offenbart ſich die Relativität der am endlichen Willen des Verbrechers ſelbſt ſich vollziehenden Gerechtigkeit, und es zeigt ſich die Forderung weiterer Formen für ihre Erſcheinung.

A. Die Strafgeſetzgebung.

§. 210.

Die geſetzgebende Gewalt hat die Aufgabe, den Begriff des Verbrechens in ſeiner ſtufenweiſen Aktualiſirung von der niederſten bis zur höchſten Verbrechensart zu fixiren, desgleichen den Begriff der Strafe in ſeine Arten zu beſondern, und für jede Verbrechensart die entſprechende Strafart feſtzuſetzen. Die Möglichkeit hievon liegt in dem bisher gelieferten Beweiſe, daß die Strafe nichts Anderes ſei, als die Wiederaufhebung des endlichen Willens in demſelben Umfang und derſelben Intenſität, worin er ſich ſelbſt im Verbrechen als die Aufhebung ſeines eigenen Weſens geſetzt hat. Hieraus erhellt nämlich, daß Verbrechen und Strafe ebenſo homogene, wie heterogene Größen ſind, und daß jedes Verbrechen die Maßbeſtimmtheit ſeiner Strafe in ſich ſelbſt hat. Denn in jedem Verbrechen iſt die Schuld ein Produkt aus der objektiven Größe des verletzten Rechts und ſeiner Verletzung einer=, und dem Grade, worin dies Objektive auch ſubjektiv im Wiſſen und Willen geſetzt war, andrerſeits. Die objektive Größe des Verbrechens iſt aber ſelbſt nichts Anderes, als ein beſtimmter Grad, in welchem der Wille in einem ſeiner Medien verletzt iſt. Eben deshalb iſt es möglich, dafür eine entſprechende Verletzung des Willens in einem ſeiner Medien als Strafe feſtzuſetzen. Wie geſagt, iſt jedoch das Verbrechen nicht bloß eine objektive,

Digitized by Google

ſondern weſentlich zugleich eine ſubjektive Größe, und gerade ſeine Subjektivität, d. h. der Grad der Intenſität, worin die objektive Größe im Wiſſen und Willen des verbrecheriſchen Subjekts geſetzt war, macht ſeine übergreifende und ſpecifiſche Beſtimmtheit aus, wodurch es ſich von dem bloß durch den Werth des verletzten Objekts beſtimmten Civilunrecht unterſcheidet. Wenn denn hieraus folgt, daß die Strafe einerſeits nach der Objektivität des Verbrechens, andrerſeits nach der Subjektivität deſſelben ſich beſtimmen, daß aber das letztere Moment das übergreifende ſeyn muß, weil die Strafe weſentlich Aufhebung des verbrecheriſchen Willens iſt, ſo ergiebt ſich zugleich, daß die Gleichheit, die im Begriff der wiedervergeltenden Strafe liegt, keine äußere Gleichheit der objektiven Verletzung und der am Willen des Verbrechers zu ſetzenden Verletzung zu ſeyn braucht, noch ſeyn darf. Vielmehr handelt es ſich nur um die Gleichheit beider Verletzungen hinſichtlich ihrer Reflexion in den Willen, alſo hinſichtlich der Subjektivität des Verbrechens, wobei deſſen Objektivität nur das untergeordnete Moment bildet. Damit iſt die Möglichkeit und Nothwendigkeit eines Parallelismus der Verbrechens- und der Strafarten gegeben, ſowie die Grenzen, über welche die Skala der Strafen weder hinauf, noch hinunter gehen kann [1]). (S. den zweiten Theil.) Zugleich iſt damit angedeutet, wie es ſehr wohl möglich iſt, den wohlverſtandenen Beſſerungszweck mit dem Princip der objektiven Genugthuung zu vermitteln, d. h. ein ebenſo humanes, als gerechtes Strafſyſtem ſpekulativ zu rechtfertigen.

Anm. — Die neuerdings oft aufgeworfene und von der legislativen Praxis in der Regel verneinte Frage, ob ein Strafgeſetzbuch auf ein Strafprincip gebaut ſeyn ſolle, — iſt nach allem Bisherigen natürlich

1) Wirth, Ethik. II. S. 325.

Digitized by Google

zu bejahen. Das Hinderniß gegen die Möglichkeit und Nothwendigkeit dieſer Bejahung liegt auch in der That nur in der ſpekulativen Halbheit, welche aus den Motiven der neuen Geſetzgebungen erhellt, ſofern dieſe ſammt und ſonders auf dem Boden der Reflexionsphiloſophie ſtehen und daher von dem Irrthum nicht loskommen können, daß Idee und Wirklichkeit zwei disparate Mächte ſeien. Einerſeits will man daher die Philoſophie nur als Regulativ für die mitgebrachten empiriſchen Vorausſetzungen gelten laſſen, andrerſeits glaubt man (wozu allerdings eine gewiſſe Rechtfertigung vorliegt), den ſoliden wiſſenſchaftlichen Grund für die Geſetzgebung nur im Eklekticismus zu finden, der allen verſchiedenen Strafzwecken neben einander Recht giebt, worin ja auch mehrere neuere Straftheorieen die wahre Gerechtigkeit ſehen und ſich ebendeshalb Gerechtigkeitstheorieen nennen. Allein es iſt klar, daß dieſer Synkretismus den Forderungen der Wiſſenſchaft nicht genug thut, und daß an die Stelle der bloß mechaniſchen Vermittlung eine organiſche treten muß, welche ohne Einheit des Princips nicht denkbar iſt. Je gewiſſer es aber iſt, daß alle ſeit hundert Jahren in Deutſchland hervorgetretenen Strafgeſetzgebungen auf dem Grunde der jedesmal herrſchend geweſenen Philoſophie ſtehen, und daß ebendeshalb von keiner derſelben die organiſche Durchführung des wahren Gerechtigkeitsprincips erwartet werden darf, um ſo mehr muß es verwirren, wenn Abegg [1]) nicht nur in allen dieſen Geſetzgebungen, ſondern ſogar in den Quellen des gemeinen deutſchen Rechts eben nur jenes Princip herrſchend finden will. Was namentlich das gemeine Recht betrifft, ſo wäre es vielmehr eine

1) S. ſeine Strafrechtstheorieen. S. 74—171.

Digitized by Google

noch zu lösende Aufgabe der Geschichtsphilosophie [1]), zu untersuchen, ob nur überhaupt das deutsche Recht in Beziehung auf Verbrechen von jeher wahres Strafrecht gewesen, wann vielmehr dieser Begriff erst in seiner Wahrheit hervorgetreten und welches die Phasen seiner Entwicklung gewesen seien, was namentlich das römische und kanonische Recht dazu beigetragen, und ob insbesondere das erstere den Begriff der Strafe von dem des Schadensersatzes ganz gereinigt, ob es vindikative und korrektive Strafgerechtigkeit gesondert und ob es wirklich in seinem öffentlichen Strafrecht eben nur dem Princip der Gerechtigkeit gehuldigt habe [2])?

Dagegen hat Abegg [3]), und haben Richter [4]) u. A. den nach und nach breit getretenen Einwürfen gegen die Theorie der gerechten Wiedervergeltung namentlich dies mit Recht entgegnet, daß auch die relativen Theorieen, wenn gleich im Widerspruch mit ihrem Princip, doch immer auf die Forderung des gerechten Maßes zurückkommen, daher der Vorwurf der Unfruchtbarkeit dieses Princips auf sie selbst zurückfällt. Indessen muß allerdings dieser Vorwurf in Beziehung auf die bisher hervorgetretenen Gerechtigkeitstheorieen als ein nicht unverdienter anerkannt werden, sofern diese bald über den abstrakten Gedanken des gerechten Maßes nicht hinauskommen und insbesondre das Verhältniß des Strafprincips zu den Strafzwecken keineswegs durchzuführen wissen, bald aber auch, wenn sie wirklich um einen Inhalt für die leere Form sich bemühen, entweder mit

---

1) S. auch Stein, Haller A. L. Z. 1844. nr. 253—255.
2) Vgl. Rein, Krim.-Recht der Römer. S. 77—88.
3) A. a. O. S. 58 ff.
4) Philos. Strafrecht. S. 174 ff.

Digitized by

Kant in die rohe Talion, oder mit Andern in das privatrechtliche Gebiet des Schadensersatzes fallen, oder wenigstens theilweise, wie Hegel bei der Rechtfertigung der Todesstrafe, einen Gleichungsmaßstab vorbringen, dessen Konsequenzen in's Vage ausgehen oder von keiner praktischen Brauchbarkeit sind. Eben dies ist auch wohl der Grund, warum Abegg, obwohl er sich bestrebt, dem Princip auch in abstracto Inhalt zu geben, doch endlich den Knoten damit durchhaut, daß er sich ganz auf das Gebiet der Empirie flüchtet, d. h. in Beziehung auf die konkrete Durchführung des Princips an die Kulturgeschichte verweist. Es bedarf jedoch nur einer richtigen Auffassung des Princips selbst, um ihm doch etwas mehr abgewinnen zu können. Hievon kann jedoch erst die Rede seyn, wenn die besondern Verbrechens- und Strafarten zur Erörterung gelangen. — Jedenfalls besteht aber das spekulative Problem gerade darin, die geschichtliche Entwicklung des Strafsystems nicht bloß empirisch aufzunehmen, sondern dessen verschiedene Phasen zugleich als die Momente aufzuzeigen, deren organischer Proceß in seiner Totalität das aus dem richtig erkannten Gerechtigkeitsprincip fließende Strafsystem konstituirt, — eine Darlegung, wobei sich freilich zeigen wird, daß die bisherige Arbeit der Geschichte in ihrem Werthe nicht richtig erkannt seyn kann, wenn man noch immer von philosophischen Versuchen, die Todesstrafe zu rechtfertigen, hören muß.

B. Die Strafrechtspflege.

§. 211.

Die Justiz, als ein Zweig der Staatsverwaltung überhaupt, steht zur Gesetzgebung in demselben Verhält-

Digitized by Google

niſſe, in welchem überhaupt die vollziehende Gewalt zu der geſetzgebenden ſich befindet (vgl. §. 175), wenn gleich ihr ſpecifiſcher Unterſchied von der Polizei es mit ſich bringt, daß ſie theils in der Art des Verfahrens, theils in der Stellung ihrer Organe gegenüber von der Staatsregierung von der letzteren weſentlich differiren muß. Jenes allgemeine Verhältniß iſt aber dieſes, daß die Verwaltung einerſeits 1) die Aufgabe hat, ſich vom Geſetze, als ihrer abſoluten Norm, beſtimmen zu laſſen, andrerſeits aber 2) nicht bloße Maſchine zu ſeyn, woraus dann 3) als ihre konkrete Beſtimmung die hervorgeht, als freie Selbſtbeſtimmung innerhalb des Geſetzes ſich zu bewegen, und deſſen Geiſt im Gebiet des Konkreten lebendig zu machen [1]).

§. 212.

1) Durch die allgemeine Norm des Geſetzes iſt die richterliche Gewalt in der Art ſchlechthin beſtimmt, daß ſie nicht die Befugniß hat, dieſelbe zu ſchmälern oder zu erweitern. Sie hat daher die Aufgabe, das Geſetz richtig auszulegen und ſofort anzuwenden, die davon übergangenen Punkte aber zunächſt nach der Analogie eines beſtimmten beſondern Geſetzes, weiterhin aber nach dem Geiſte der geſammten poſitiven Geſetzgebung zu entſcheiden (§. 194). Insbeſondre hat ſie alſo die Anwendung des Geſetzes nicht erſt von einer Prüfung ſeiner materiellen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit abhängig zu machen [2]). Ferner muß jedes richterliche Urtheil, als bloßes Medium der Anwendung des Geſetzes, durch geſetzliche Gründe beſtimmt ſeyn, woraus folgt, daß dem Richter kein Begnadigungsrecht, kein Recht, mit dem Verbrecher einen Vergleich zu ſchließen, kein Recht,

1) Wirth, Ethik. II. S. 203. 204.

2) Feuerbach, Lb. §. 74. Vgl. Wächter, Wirtemb. Priv.-Recht II. S. 26—30.

Digitized by

ohne Erlaubniß des Gesetzes die gesetzliche Strafe zu ändern, und kein Recht, bei arbiträren Strafen eine andre, als eine der gesetzlich anerkannten Strafarten anzuwenden, zusteht [1]). Gleichwie aber der Richter von der Anwendung des Gesetzes keinen darunter gehörigen Fall willkührlich ausschließen darf, ebensowenig darf er dasselbe anwenden, wo es an einem Requisite des wesentlichen Thatbestands oder an einem zureichenden Beweise der objektiven und subjektiven Existenz des Verbrechens mangelt [2]).

Anm. — Daß die Anwendung des Strafgesetzes nur der vollziehenden (Justiz) Gewalt, nicht aber der Regierungsgewalt zustehe, daß also Kabinetsjustiz [3]) verwerflich sei, ist hier aus dem Staatsrecht vorauszusetzen und im Kriminalprocesse näher zu erörtern. Wie aber in dieser Hinsicht, so zeigt auch in Beziehung auf die im Paragraphen erwähnten Punkte die Doktrin und Praxis des gemeinen deutschen Strafrechts leider nur zu viele Auswüchse, die übrigens glücklicherweise mehr und mehr zu bloßen historischen Merkwürdigkeiten herabsinken [4]). — Daß bei Bestimmung des Verhältnisses zwischen der richterlichen und der gesetzgebenden Gewalt in der Regel der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen sogleich vorangestellt wird, ist ein Mißstand, der eine offenbare petitio principii enthält und wesentlich mit unter die Erbsünde des Feuerbachischen Standpunkts gehört. Feuerbach selbst hat dabei in gutem Glauben gehandelt, indem er dem positiven Rechte seine Androhungstheorie zu Grunde legte und deshalb alle unbestimmten Strafgesetze

1) Wächter, Lb. I. §. 112.
2) Ebend. §. 113. Feuerbach, Lb. §. 78.
3) Wächter a. a. O. I. §. 111.
4) Ebend. I. S. 204—210.

Digitized by Google

nur als unvollkommene Ausnahmen betrachten konnte [1]). Allein, wenn man mit seiner Philosophie nicht zufrieden war, so hatte man in doppeltem Betrachte Unrecht, wenn man ihm hierin folgte. Denn, handelte es sich um das positive Recht, so war erst noch zu untersuchen, ob denn diesem wirklich der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen im Feuerbachischen Sinne zu Grunde liege? und, handelte es sich um die Natur der Sache, so war erst aus der Natur der gesetzgebenden Gewalt zu untersuchen, ob sich damit bestimmte Strafgesetze in der Bedeutung, die Feuerbach nach seiner Imputationslehre damit verbinden muß, auch nur vertragen? Gleichwohl zeigt Doktrin und Gesetzgebung unsrer Tage [2]), daß man in beiden Hinsichten keineswegs mit der nöthigen Kritik zu Werk gegangen ist.

§. 213.

2) Die richterliche Gewalt darf jedoch andrerseits keine selbstlose Maschine seyn. Da es vielmehr in der Natur der Gesetzgebung liegt, nur das Allgemeine zu bestimmen, so muß dieselbe auch diese ihre Schranke anerkennen und dem richterlichen Ermessen einen Spielraum für konkrete Bestimmungen offen lassen. Die Strafgesetze dürfen daher, da von keinem Verbrechen gesagt werden kann, daß die Modifikationen der Schuld, wie sie bei andern Verbrechen sich finden, bei ihm sich indifferenziren, nicht absolut, sondern nur relativ bestimmt seyn; und die Gesetzgebung muß dem Richter gestatten, nach demselben objektiven und subjektiven Maßstabe, wornach sie selbst das objektive und subjektive Maß der Strafbarkeit der verschiedenen Verbrechen bestimmt,

1) Feuerbach, Revision I. S. 110—146.
2) Vgl. Mittermaier, Ausg. 13 von Feuerb. Lb. S. 160—201.

Digitized by

die konkrete Strafe auszumeſſen. Da aber dieſe Zumeſſungsgründe, als auf allgemeinen Verhältniſſen begründet, auch eine allgemeine Feſtſetzung zulaſſen, ſo hat die Geſetzgebung eine ſolche dem Richter als Norm zu geben. Aus dem Weſen des Strafrechts überhaupt folgt, daß der betreffende Maßſtab nicht durch die moraliſche, ſondern lediglich durch die rechtliche Natur der verbrecheriſchen Handlung beſtimmt ſeyn darf. Hiernach aber muß a) in objektiver Beziehung die Strafbarkeit ſich richten: nach dem Werthe des verletzten Rechts und dem Umfang der Verletzung (wozu auch die dadurch erzeugte Gefahr gehört), ſowie nach dem Vorhandenſein von Orts- oder Zeit- oder beſonderen ſocialen Verhältniſſen zwiſchen dem Verbrecher und dem Objekte des Verbrechens, welche dieſes größer oder geringer erſcheinen laſſen; b) in ſubjektiver Beziehung: nach der Intenſität, womit die Objektivität des Verbrechens im Wiſſen und Willen des Verbrechers geſetzt war, insbeſondre nach der Verſchiedenheit der Willensbeſtimmung zur That, nach dem Grade der Theilnahme am Verbrechen, nach der Menge der zu überwindenden natürlichen oder ſittlichen Hinderniſſe, insbeſondere nach dem Grade des Hangs zum Verbrechen, welchen der Handelnde an den Tag legt. — Es ſind nun übrigens dieſe Gründe theilweiſe der Art, daß ſie die Strafbarkeit unendlich ſteigen oder ſinken laſſen, und andrerſeits verlangt der Begriff des Geſetzes für die Strafen beſtimmter Verbrechensarten beſtimmte Grenzen. Daraus ergiebt ſich die Nothwendigkeit für die Geſetzgebung, beſtimmte Normen darüber zu geben, ob und unter welchen Bedingungen jene Gründe die Wirkung haben ſollen, die Strafbarkeit des konkreten Verbrechens auch über die Grenzen des relativ beſtimmten Strafgeſetzes hinaus ſteigen oder fallen zu laſſen.

Anm. — Die große Verwirrung in dieſer Lehre hat verſchiedene Urſachen. Die hauptſächlichſte lag aber

sicherlich in dem traurigen Zustande des positiven, von der gesetzgebenden Gewalt verwahrlosten Rechts. Dieser Zustand führte zu einer ungeheuren Willkühr der Doktrin und Praxis, wobei man, bald mit offen eingestandener, bald mit sophistisch aufgestutzter Gewaltthätigkeit, den unläugbar bestehenden Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen des geltenden Rechts so gut als ganz aufhob, und mehr oder minder das ganze positive Recht als unbestimmte Strafvorschrift behandelte [1]). Allein die Verwirrung wurde durch den Kampf [2]), der sich dagegen erhob, nicht gelöst, sondern vermehrt. Indem nämlich Feuerbach mit dem ganzen ihm eigenen Feuer gegen jenen Mißbrauch zu Felde zog, so unterschied er, aller seiner Protestationen ungeachtet, seine philosophischen Argumente so wenig von den positiv-rechtlichen [3]), daß dadurch die Verwirrung nur noch in ein weiteres Feld getragen wurde. Denn Feuerbachs Philosophie verwarf die unbestimmten Strafgesetze; seine Schuldlehre forderte gerade die absolut bestimmten; indem er aber diese Ansicht in das positive Recht hineintrug, verfälschte er dasselbe. Hinsichtlich der unbestimmten Strafgesetze dagegen verwies er den Richter an die Strafpolitik [4]), d. h. er machte aus Uebel Aerger. — Dies war nun freilich, unter der Voraussetzung, daß dem gemeinen Rechte eben die Feuerbachische Theorie zu Grunde liege, ganz konsequent, ja man muß sogar die Replik Feuer-

1) Wächter, Gem. Recht. S. 120—143.
2) Feuerbach, Rev. I. S. 109—342.
3) S. auch Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 94, wo aber Verdienst und Schuld von Feuerbach keineswegs ganz richtig bezeichnet sind.
4) Später machte er freilich Konzessionen. Lb. §. 102 b.

Digitized by

bachs gegen die Vorwürfe von Thibaut u. A. [1]) (§. 102 not. f.), welche ihn auf den Geist des gemeinen Rechts verwiesen, nur zu sehr für gegründet anerkennen. Das war aber eben das Unglück, daß man es in dem positiven Rechte in seinem letzten Stadium mit einem ganz irrationalen Gegenstande zu thun hatte, und dieses Uebel konnte natürlich am wenigsten dadurch gehoben werden, daß Feuerbach jenes Recht auf das Prokrustesbett seiner Theorie streckte. Im Gegentheil verschuldete er, wie gesagt, durch diese Vermischung philosophischer und positiv-rechtlicher Bestimmungen neuen Wirrwarr (es ist z. B. an seinen Satz zu erinnern, daß das bestimmte Strafgesetz stets den härtesten Fall vor Augen habe, daher keine allgemeinen Schärfungsgründe anzunehmen seien, ein Satz, der ganz aus seiner Schuldlehre hervorgewachsen war, gleichwohl aber, mittelbar oder unmittelbar, auch von Andern acceptirt wurde, die seiner Schuldlehre nicht anhängen [2]). Zwar sind nun fast alle Behauptungen Feuerbachs in dieser Lehre im Einzelnen bestritten worden [3]), so die, daß es keine allgemeinen Schärfungsgründe gebe, daß nur gewisse Milderungsgründe zulässig seien, daß namentlich der Mangel am Thatbestand dahin gehöre u. s. f. Dagegen hat die Sitte, Philosophie und positives Recht in dieser Lehre untereinander zu mengen, fortgedauert, und zwar auch bei solchen, die es nicht Wort haben wollen, und die Konsequenzen davon zeigen sich noch bei den neuen Gesetzgebungen. Namentlich ist es fast gemeine Ansicht geblieben [4]), daß für bestimmte und

1) S. auch Wächter, Lb. I. S. 243.
2) Vgl. Martin Lb. §. 55. Roßhirt Lb. §. 85. 86.
3) S. Wächter, Lb. I. S. 215. und die dort Angeff.
4) S. dagegen übrigens Wächter I. S. 216 unten.

Digitized by Google

unbestimmte Strafgesetze verschiedene Maßstäbe zu unterscheiden seien [1]). Dazu kam aber ferner noch der Uebelstand, daß die verschiedenen Strafrechtstheorieen, wenn sie irgend konsequent waren, zu ganz verschiedenen Resultaten führten, indem die einen den objektiven, die andern den subjektiven Maßstab verwerfen, und innerhalb der beiden Maßstäbe selbst die einen als Straferhöhungsgrund festsetzen mußten, was den andern als Strafminderungsgrund galt [2]). Sonderbar ist namentlich, daß solche, die Feuerbach ausdrücklich dafür beloben, daß er die alte Freiheitstheorie umgestoßen habe, gleichwohl auch wieder die neuen Gesetzgebungen dafür tadeln, daß sie sich an die Feuerbachische Schuldlehre gehalten haben [3]).

Sieht man nun vom gemeinen deutschen Rechte ab und fragt nach der Natur der Sache, so muß die erste Frage seyn, ob überhaupt der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen zulässig sei? Diese Frage ist von den neueren Gesetzgebungen nur theilweise richtig entschieden. Denn, obgleich die Mehrzahl ihrer Strafgesetze relativ-bestimmte sind, wie es die Natur der gesetzgebenden Gewalt mit sich bringt, so ist doch dieses System bei ihnen nicht konsequent durchgeführt [4]), und mit dieser Halbheit hängen andre Unrichtigkeiten zusammen. Dahin gehört besonders die von Wächter [5]) getadelte Inkonsequenz, daß dieselben

---

1) Mittermaier n. 1 zu §. 93. n. 1 zu §. 96 von Feuerbach.
2) S. Welker, Letzte Gründe, S. 227 ff. Wächter, Lb. I. S. 187—191.
3) Vgl. Mittermaier n. 1 zu §. 93. u. n. 4 zu §. 106 b. bei Feuerbach.
4) Mittermaier, N. Arch. 1839. S. 161—171.
5) Lb. I. S. 216 unten.

Digitized by

Momente, die bei Bestimmung der Größe einer relativ-arbiträren Strafe die größte Bedeutung erhalten, bei bestimmten Strafgesetzen ohne alle Wirkung bleiben sollen, womit denn die jetzt gangbare Unterscheidung zwischen Strafschärfungs- und Milderungsgründen auf der einen, und bloßen Straferhöhungs- und Minderungsgründen auf der andern Seite im Zusammenhange steht. Daß diesem Unterschiede etwas sehr Wahres abgewonnen werden könne, wird sich zeigen. So aber, wie ihn die gangbare Doktrin und die neuere Legislation auffaßt [1]), enthält er das Schiefe, als gebe es Verbrechen von in der Art verschiedener Natur, daß dieselben Modifikationen der Schuld, welche bei den einen ein Aufsteigen oder Absteigen in einem oft nicht unbeträchtlichen Strafrahmen rechtfertigen, bei den andern geradezu indifferent seyn sollen [2]). Dies ist unwahr, und es ist schwer einzusehen, wie Mittermaier einerseits die absolut bestimmten Strafgesetze dem Gerechtigkeitsprincipe widersprechend finden, und andrerseits doch die gedachte Eintheilung der Strafzumessungsgründe im gewöhnlichen Sinne gegen Trefurt [3]) rechtfertigen mag. Zu beklagen ist, daß mit der Fortdauer absolutbestimmter Strafgesetze auch der Streit darüber fortdauert, ob der Gesetzgeber dabei den gewöhnlichen oder den härtesten Fall vor Augen habe, — welchen letzteren (Feuerbachischen) Satz auch Mittermaier noch vertheidigt. Sonderbarer Weise will sogar Mittermaier [4]) bei den relativ-bestimmten Strafgesetzen der neueren Gesetzbücher nicht

1) Mittermaier, zu Feuerbach n. 1. 2 zu §. 93. n. 1 zu §. 96.
2) Der von Hufnagel I. S. 229 oben angegebene scharfsinnige Grund setzt die Zulässigkeit der Todesstrafe voraus.
3) N. Arch. 1838 S. 414, so auch Abegg, Lb. S. 92. 93.
4) n. 1 zu Feuerbach §. 96. Vgl. aber Abegg, Lb. §. 150.

Digitized by Google

anerkennen, daß hier das Normalmaß zu Grunde liege[1]), während doch hierauf allein der ganze Begriff des relativ-beſtimmten Strafgeſetzes beruht. Auch ſcheint er, wie Groß[2]), wenn ſie die von den Motiven zum Wirt. GB. adoptirte Theorie des Mittelmaßes bekämpfen, nicht zu bemerken, daß ſie damit das ganze Fundament des Syſtems der relativ-beſtimmten Strafgeſetze umſtoßen. Wenn die Anwendung dieſer Theorie ſchon zu Inkonvenienzen geführt hat[3]), ſo lag der Grund davon nicht in ihrer Unrichtigkeit, ſondern nur darin, daß die Geſetzgebung ſich in der Feſtſetzung des Maximums und Minimums vergriffen hatte. Daß die Beſtimmung der konkreten Strafe nicht zu einem bloßen Rechenexempel werden ſoll, iſt gerade die Forderung des vorſtehenden Paragraphen; dazu iſt aber eine ſo vage Beſtimmung, wie ſie Mittermaier[4]) gewährt, und wie ſie nicht einmal eine Garantie gegen unbefugte Einmiſchung bloß moraliſcher Rückſichten giebt, nur das andre Extrem. —

Die angeführten Mängel würden ſich heben, ſobald man ſich entſchlöße, das ſchon größtentheils adoptirte Syſtem der relativ-beſtimmten Strafgeſetze mit voller Konſequenz durchzuführen und hiemit den Irrthum aufzugeben, als ſeien die Sträfſchärfungs- und Milderungsgründe eines-, und die Straferhöhungs- und Minderungsgründe anderntheils von qualitativ-verſchiedener Natur[5]). Die Eintheilung ſelbſt kann ganz wohl beibehalten werden, ſobald nur der Unterſchied als ein bloß quantitiver gefaßt wird. Denn allerdings führt

---

[1]) N. Arch. 1839. S. 176.

[2]) Sächſ. Gb. mit Anm. S. 119.

[3]) Hufnagel, Komm. I. S. 231 Note. S. 628. 629. II. S. 523.

[4]) n. 2 zu Feuerbach §. 78. N. Arch. a. a. O. S. 171.

[5]) Vgl. Grolman, Grundſätze §. 120.

die am Ende des Paragraphen angeführte Betrachtung zu einer solchen Unterscheidung, wornach es nothwendig wird, gewissen Erhöhungs- und Minderungsgründen in dem Falle, wenn sie in größerer Stärke vorhanden sind (z. B. Rückfall einer-, beschränkter Vernunftgebrauch andrerseits) die Qualität von Schärfungs- und Milderungsgründen zu ertheilen.

Was nun den objektiven und subjektiven Maßstab selbst betrifft, so gestattet der Raum nicht, sich in's Einzelne auszulassen, wie es auch der Zweck dieser Schrift nicht fordert. Daher mag es an folgenden Bemerkungen genügen. Zu a) Wie sich von selbst versteht, mußte hier das Feuerbachische Grundprincip der Gefährlichkeit [1]) auf seine richtige Bedeutung, als bloßen Moments der objektiven Größe des Verbrechens, reducirt werden. Ferner konnte unter die objektiven Zumessungsgründe nicht der Grad der Betheiligung am Verbrechen gerechnet werden [2]), da nach dem oben §. 129—151 Aus geführten die Feuerbachische Lehre, die hier Alles auf die objektive Kausalität stellt, unrichtig ist. Was dann insbesondere den objektiven Werth des verletzten Rechts betrifft, so hat zwar Feuerbach [3]) Recht, wenn er sagt, derselbe könne nicht in der Beziehung des Rechts auf Tugend und Glückseligkeit, sondern nur in seiner Beziehung auf den Staat liegen; allein dabei mischt sich sogleich wieder das Princip der Gefährlichkeit ein, und Feuerbach klassificirt hiernach die Rechte lediglich nach dem Grade der Gefahr, die ihre Verletzung für den Staat hervorbringt. Davon kann denn natürlich

1) Revision II. S. 199 ff.
2) Vgl. Abegg, Lb. S. 218, der sich jedoch schwankend ausdrückt.
3) Revision II. S. 213—218. Vgl. Grolman, Grundſ. §. 77. 78. 81—83. Henke, I. §. 75. Heffter, §. 95.

Digitized by Google

wieder im vorliegenden Syſteme keine Rede ſeyn. Dagegen wird die Ausführung über den verſchiedenen Werth der Rechte, welche Objekte des Verbrechens bilden, ihre Stellung erſt im zweiten Theile (bei der Eintheilung der Verbrechen) finden [1]). Wenn Abegg bemerkt, daß ſich das Nähere hiebei immer nur empiriſch, d. h. mit Rückſicht auf die politiſchen Verhältniſſe des Staats, nach Zeit, Umſtänden, dem religiöſen, ſittlichen Standpunkte des Volks ꝛc. ergebe [2]), ſo iſt dies nur inſoweit richtig, als man allerdings im poſitiven Rechte auf dieſe Erkenntnißquellen gewieſen iſt. Allein daraus folgt nicht, daß nicht aus der Natur der Sache ſelbſt erſchöpfende Beſtimmungen gegeben werden könnten, die dann auch in der Geſchichte ſucceſſiv ſich geltend zu machen wiſſen; ebenwie umgekehrt gegen Abegg bemerkt werden muß, daß die allgemeinen Beſtimmungen, welche — wie er zugiebt — die Abſtufungen der Verbrechen zulaſſen, als ſolche im praktiſchen Rechte keine Brauchbarkeit haben. Daß zur objektiven Größe des Verbrechens auch der Umfang der Verletzung, die dadurch erzeugte Gefahr, der dadurch hervorgebrachte Schaden gehören, iſt von Abegg richtig gezeigt [3]), und daß das gemeine deutſche Recht dieſe Momente würdige, iſt bekannt, wenn gleich manche Doktrinäre den richtigen Takt, den daſſelbe hierin beweist (wenn es z. B. den beendigten Verſuch geringer ſtraft, als das vollendete Verbrechen), nicht anerkennen wollen. Ebenſo findet ſich ferner in unſrem poſitiven Rechte auch dies anerkannt, daß die objektive Größe des Verbrechens durch örtliche, zeitliche und ſociale, beſonders

1) S. vorläufig Wirth, Ethik II. S. 283—300.
2) Lb. §. 141. a. E. Heffter, §. 95. n. 4.
3) Strafrechtstheorieen S. 64—66. Vgl. PGO. Art. 109. 112. 127. 157. 160.

Familien-Verhältniſſe [1]) beſtimmt werde. — Zu b) kann hier hinſichtlich der Abſtufungen der Strafbarkeit nach der Verſchiedenheit der Willensrichtung (dolus, culpa etc.) und nach den Graden der Betheiligung am Verbrechen, — was in der Regel erſt an dieſer Stelle abgehandelt wird (ſo von Feuerbach, Wächter, Abegg ꝛc.), — auf die frühere Darſtellung verwieſen werden. Es iſt daher nur noch dies beſonders zu erwähnen, daß die Intenſität des verbrecheriſchen Willens auch über jene fixen Grade hinaus einen allgemeinen Zumeſſungsgrund bildet. Nur iſt dies wiederum nicht in Feuerbachs [2]) Sinne zu verſtehen, der auch hier nur auf die Gefährlichkeit der ſinnlichen Triebfedern ſah und dadurch zu Folgerungen kam, die der Wahrheit gerade zuwiderlaufen. Vielmehr handelt es ſich nur von der, aus der Handlung ſelbſt und den ſie begleitenden Umſtänden erkennbaren, größeren oder geringeren Intenſität des verbrecheriſchen Willens, welche eben damit eine größere oder geringere Intenſität der Schuld iſt. Insbeſondere zeigt ſich hiernach die Schuld größer, wenn der Wille aus freiem Antrieb das Verbrechen erzeugte, als wenn er dazu der Mitwirkung andrer Reizmittel bedurfte; ebenſo zeigt ſie ſich größer, je mehr und je größere, innere oder äußere Hinderniſſe zu überwinden waren. In erſterer Beziehung müſſen dann Noth, Gelegenheit, Verführung, Beleidigung [3]) einen ſtrafmindernden Einfluß haben, während umgekehrt die Wiederholung von Verbrechen, beſonders von gleichartigen, einen feſtgewordenen ſelbſtändigen Hang dazu, und damit eine größere Intenſität des verbrecheriſchen

1) L. 16. §. 3. 4. l. 28. §. 8. D. de poenis. §. 9. J. de injur. l. 2. D. de effract. CCC. Art. 171. 172. 137. 165.
2) Reviſion II. S. 274—443.
3) Vgl. PGO. Art. 156. 175.

Digitized by Google

Willens anzeigt [1]). Nur kann gewiß die exorbitante strafschärfende Wirkung, wie sie hie und da (z. B. vom Wirt. GB. beim Diebstahl) dem Rückfall beigelegt wird, in keiner Hinsicht gerechtfertigt werden, sofern hier nicht etwa bloß die Strafe des zunächst begangenen Verbrechens geschärft, sondern mit derselben eine eigene „Rückfallsstrafe" verbunden werden soll, was doch offenbar dem Axiom der Gerechtigkeit: non bis in idem schnurstracks wider die Stirn läuft. — In der anderen Beziehung müssen besondere Pflichten, die der Verbrecher übertrat [2]), besondere äußere Hindernisse, die er überwand [3]), sowie besondere Grausamkeit, die er bei der Ausführung an den Tag legte, als Zeichen größerer Intensität des verbrecherischen Willens, einen straferhöhenden Einfluß üben; wogegen das Bestreben, größeren Schaden zu verhindern, freiwilliger Schadensersatz [4]), Jugend, Trunkenheit, Affekt und alle ähnlichen Zustände, in welchen die freie Selbstbestimmung durch den in den Geist hereintretenden Naturkausalismus, zwar nicht aufgehoben, aber doch gehemmt wird, als Strafmilderungsgründe erscheinen [5]). — Man wird leicht bemerken, daß hier nur solche Gründe anerkannt sind, welche auf die größere oder geringere Stärke des verbrecherischen Willens als solchen hinzeigen. Denn nur solche können im Strafrechte von Bedeutung seyn, keineswegs aber solche Momente, welche lediglich in das Gebiet der subjektiven

1) Vgl. PGO. Art. 161. 162. — N. Arch. II. S. 578 f. V. S. 479 f. XI. S. 101 f. 648 f. XIV. S. 115. Neue Folge. 1834. S. 415 f. Mittermaier zu Feuerbach §. 132 a.

2) Vgl. PGO. Art. 124. 137.

3) Vgl. PGO. Art. 159.

4) Wächter I. S. 219. 227. i. d. Mitte u. Jenull ib. cit.

5) Belege aus dem pos. Rechte bei Wächter, Lb. I. §. 116. n. 71—74. Vgl. Heffter, §. 105.

Digitized by

Sittlichkeit gehören, wie die gute Absicht [1]), die Meinung, daß man der Religion einen Dienst erweise u. dgl., oder welche wenigstens in Beziehung auf den in der konkreten Handlung bethätigten verbrecherischen Willen indifferent sind, wie bessere oder schlechtere Erziehung, höhere oder geringere Bildung, Stand, Geschlecht, und Andres, was Abegg (Lb. S. 221—223) erwähnt. Dagegen dürfte gegen die Zumessungsgründe, welche Abegg [2]) in Beziehung auf die Strafbarkeit kulposer Verbrechen angiebt, nichts zu erinnern seyn. Im Wesen des Versehens selbst nämlich liegt es, daß sich die Schuld steigern oder verringern muß: theils nach der Quantität des rechtsverletzenden Erfolgs, weil es eine größere Pflichtverletzung ist, ein wichtigeres objektives Recht nicht beachtet zu haben, als ein geringeres, — theils je nachdem dieser Erfolg unmittelbare oder mittelbare Wirkung des Willens war, weil, wie Wirth [3]) treffend sagt, in derselben Proportion ihr Princip sowohl im Willen liegt, als im Wissen liegen konnte.

Die Extreme, welche in dieser Materie die Gesetzgebung zu vermeiden hat, sind einerseits die von den Strafandrohungstheorieen eingeführte falsche Schätzung des Gesetzes, womit theils das Drängen nach absolutbestimmten Gesetzen, theils die Sucht, den Richter zur bloßen Maschine des mathematisch genau ausgezirkelten Gesetzes zu machen [4]), verbunden ist, wodurch aber

---

1) AM. noch Heffter, §. 106, der auch mit Unrecht (§. 107) die Rechtsunwissenheit hieher zieht.

2) Lb. S. 224.

3) Ethik I. S. 133.

4) Vgl. Feuerbach, Kritik des Kleinschr. Entw. II. S. 72. Martin, §. 61.

Digitized by Google

sowohl das Recht der richterlichen Gewalt, als die Natur der (hiemit zur Kasuistik gezwungenen) Gesetzgebung selbst völlig verkannt wird, — andrerseits jene Systemlosigkeit, wie sie sich in der deutschrechtlichen Praxis zuletzt auf eine alle Rechtssicherheit gefährdende, allen Unterschied zwischen rechtlicher und moralischer Zurechnung aufhebende Weise breit machte und wie sie in Frankreich, als Nothbehelf gegen die Härte des Code pénal, an der Tagesordnung ist [1]). Soll aber beiden Gewalten ihr Recht werden, so ist es nicht gerathen, mit den Motiven zu mehreren neuen Legislationen die Frage, ob die Gesetzgebung die allgemeinen Strafzumessungsgründe anzugeben habe, zu verneinen [2]). In der Sache selbst aber ist es, aus den angeführten Gründen, nicht gut zu heißen, wenn unsre neuen Gesetzgebungen noch immer die absolut bestimmten Strafgesetze nicht ganz ausmerzen und deshalb auch an der in der hergebrachten Bedeutung unrichtigen Unterscheidung von Schärfungs- und Erhöhungsgründen ꝛc. haften, wenn sie ferner noch immer von dem Princip der Gefährlichkeit sich nicht ganz losmachen [3]), und andrerseits die Grenze zwischen rechtlicher und moralischer Imputation keineswegs immer richtig festhalten, oder gar politischen Rücksichten (z. B. Belohnung des Geständnisses, der Angabe der Mitschuldigen ꝛc.) Einfluß gestatten [4]), den ein Strafgesetzbuch unter seiner Würde finden sollte [5]).

---

1) Chaveau, Code progr. S. 33. 348. Haus, Obs. sur le projet de revision etc. I. S. 50—57.
2) Mittermaier, n. 3 zu Feuerbach, §. 102 b.
3) Zu viel legt ihnen übrigens hier Mittermaier n. 4 zu Feuerbach §. 102 b. zur Last.
4) Wirt. Gb. Art. 110. 111.
5) Vgl. Marezoll, §. 40.

Digitized by

§. 214.

3) Daraus ergiebt sich als konkrete Aufgabe der richterlichen Gewalt, die Gesetzgebung in ihrem Geiste lebendig zu machen. Der Geist der Strafgesetzgebung besteht aber in nichts Anderem, als in der Bethätigung des Princips der gerechten Wiedervergeltung. Hiernach ist es absolute Pflicht des Richters, die Strafe zum reinen Werthausdrucke der in der verbrecherischen Handlung objektivirten Schuld des handelnden Subjekts zu machen. Aus dieser Nothwendigkeit geht hervor, a) daß es dem Richter nicht zustehen kann, wegen Zusammentreffens mehrerer Verbrechen, dasselbe sei ein reales oder ideales, an der verdienten Gesammtstrafe irgend etwas abzuziehen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß keine Häufung von Verbrechen vorliegt: α) wenn dieselbe Handlung, die eine eigene Verbrechensart bildet, zugleich unter den Thatbestand eines Gattungsverbrechens subsumirt werden kann, oder mehrere gleichartige Akte als Momente Eines Thatbestands zu betrachten sind, β) wenn und soweit mehrere ideal zusammentreffende Verbrechen einen gemeinschaftlichen Thatbestand ihrem Begriff nach haben, γ) im Fall des fortgesetzten Verbrechens, d. h. der aus Einem Entschlusse hervorgehenden successiven Wiederholung eines Verbrechens in Beziehung auf ein Objekt, das unabhängig vom Willen des Handelnden für sich eine objektive Einheit bildet; — b) daß, wenn die verdiente Strafe aus physischen oder rechtlichen Gründen nicht vollzogen werden kann, der Richter derselben eine der Art nach verschiedene, der Größe nach gleiche zu substituiren hat; — c) daß, wenn dem Verbrecher vor Erkennung der Strafe unverschuldete Uebel von Seiten des Staats, in Beziehung auf sein Verbrechen, zugefügt worden sind, der Richter den Werth hievon an der zu erkennenden Strafe abzuziehen hat.

Anm. — Die hier in Verbindung gebrachten Punkte

Digitized by Google

würden nicht so häufig unter falsche Gesichtspunkte gebracht und im Einzelnen verwirrt worden seyn, wenn man das Eine Princip, worauf sie beruhen, sich klar gemacht hätte.

1) In der Lehre von der Konkurrenz [1]) ist zwar durch manche verdienstliche Bemühungen (besonders von Schröter, Wächter, Mittermaier, Sander) vieler alte Wust hinweggeräumt worden. Gleichwohl hat sich bei Gelegenheit der neuen Gesetzgebungen gezeigt, daß man gerade über das rechtliche Princip der ganzen Frage noch keineswegs einig ist, und daß die meisten vielmehr an alten, neu aufgewärmten Vorurtheilen hängen [2]). — Als ein heilsames Ergebniß jener gedachten doktrinellen Erörterungen kann zunächst die größere Uebereinstimmung über die zu unterscheidenden Arten der Konkurrenz, sowie über die davon auszuscheidenden Fälle gerechnet werden, — wiewohl auch in letzterer Beziehung noch manche Erinnerung zu machen wäre [3]). Am einfachsten erweist sich nämlich die, auch von der neueren Legislation angenommene Eintheilung der Konkurrenz in die ideale (gleichzeitige) und die reale (successive), deren jede wieder in verschiedenartige und gleichartige zu unterscheiden ist [4]). Was nämlich die ideale betrifft, so können durch Eine Handlung verschiedene Strafgesetze, oder es kann dasselbe Strafgesetz mehrfach übertreten werden (z. B. incestuoser Ehebruch, — Eine Injurie gegen mehrere Personen). Was ferner die reale betrifft, so können verschiedenartige Verbrechen

---

1) Literatur bei Wächter I. §. 122 und Mittermaier n. 1, zu Feuerbach §. 126.
2) Mittermaier n. 2 u. 3 a. a. O., und Note zu §. 131.
3) z. B. gegen Heffter §. 163. II. b. Vgl. §. 164. n. 7.
4) Wächter I. §. 122. n. 96. Wirt. GB. Art. 123.

hintereinander begangen, oder es kann daſſelbe Verbrechen ſucceſſiv wiederholt werden, wobei jedoch der Fall des fortgeſetzten Verbrechens auszuſcheiden iſt. Weſentlich iſt nun aber, daß überhaupt vor Allem die wahren Fälle der Konkurrenz von den bloß ſcheinbaren abgeſondert werden. Auch hierüber ſind, beſonders von Schröter und Oerſted [1]), gute Bemerkungen gemacht worden; doch fehlt noch eine erſchöpfend richtige Darſtellung, die um ſo mehr Bedürfniß iſt, als ſie allein dem jetzt wieder einreißenden Irrthume, die ideale Konkurrenz überhaupt zu privilegiren, begegnen kann. Die weſentlichen Momente ſind oben unter α—γ zuſammengeſtellt. Dabei iſt ein Punkt, — nämlich der Fall, daß eine und dieſelbe Handlung ſich unter verſchiedene Geſichtspunkte bringen läßt, — ſoweit er nicht unter α) fällt, nicht weiter beachtet, weil er zwar im römiſchen Anklageprozeſſe von großer Bedeutung war, dieſe aber im Unterſuchungsprozeſſe verloren hat [2]). Zur beſſeren Ueberſicht dürfte folgende Tafel dienen:

I. Gleichzeitige Konkurrenz. Es handelt ſich um Eine Handlung in ununterbrochenem Verlaufe.

1) Die Handlung iſt eine in ſich einfache (z. B. stuprum, Verwundung, Brandſtiftung).

A. Sie involvirt nur Eine Willensrichtung. Hier iſt niemals Konkurrenz vorhanden. Wenn die Handlung ſich unter verſchiedene Geſichtspunkte bringen läßt, wenn ſie einerſeits eine ſelbſtändige Art, und andrerſeits das Beſondre einer Gattung bildet (wie z. B. Nothzucht im Verhältniß zur

1) Schröter Handbuch §. 153—160. Oerſted Grundregeln S. 394 ff.

2) Heffter §. 163. not. 2.

Gewalt, Ehebruch im Verhältniß zum stuprum), so kann immer nur von Einem Verbrechen die Rede seyn (α) [1]).

B. Sie involvirt verschiedene Willensrichtungen. Hier ist wieder zu unterscheiden:

a) Die verschiedenen Willensrichtungen betreffen Verbrechen, welche relativ denselben Thatbestand dem Begriff nach voraussetzen, wie z. B. bei incestuosem Ehebruch jedenfalls das stuprum gemeinschaftlicher Thatbestand ist und begriffsgemäß seyn muß. Hier ist relativ, d. h. so weit eben der Thatbestand nicht nothwendig gemeinschaftlich ist, Konkurrenz vorhanden (β) [2]).

b) Die verschiedenen Willensrichtungen betreffen Verbrechen, welche ihrem Thatbestande nach wesentlich unterschieden sind: z. B. absichtliche Tödtung durch dolose Brandstiftung, kulpose Tödtung durch dolose Brandstiftung, kulpose Tödtung durch kulpose Brandstiftung. In solchen Fällen ist kein gemeinschaftlicher Thatbestand vorhanden, sondern der Eine Akt des Verbrechens involvirt die Thatbestände verschiedener Verbrechen. Daher liegt hier nicht nur relativ, sondern schlechthin Konkurrenz von Verbrechen vor [3]). Eben dies findet daher auch stets beim qualifizirten Versuch statt.

1) Heffter §. 163. n. 2. Marezoll S. 155. n. 2. Das Zusammentreffen mehrerer Schärfungsgründe bei Einem Verbrechen dagegen, — ebend. n. 1. vgl. *Schröter* de conc. del. S. 10. Wächter I. §. 122. n. 95 — ist zwar keine Verbrechenskonkurrenz, wohl aber nach demselben Princip zu behandeln. Andrer Meinung die PGO. Art. 163.

2) Grolmann Grundsätze §. 121. a. Abs. 2. *Savigny* D. de conc. delict. S. 15. Vgl. Wächter I. S. 255 oben.

3) A. M. scheint Heffter §. 164. n. 7.

Digitized by Google

(Vgl. §. 128.) Und nicht minder bei mittelbaren Injurien, oder bei Injurien, die gegen mehrere Personen zugleich ausgestoßen werden [1]); denn die Eheverletzung ist ein quantitativ abgeschlossenes Delikt, das so viele Male begangen wird, als Personen seinen Gegenstand bilden. Dasselbe gilt aus demselben Grunde von allen Verbrechen gegen die unmittelbare Persönlichkeit; es ist Konkurrenz vorhanden, wenn Jemand Mehrere zugleich einsperrt, durch Einen Schuß Mehrere verwundet oder tödtet und dergl.

2) Die Handlung ist in mehrere Momente zerlegbar;

A. Diese Momente sind gleichartige, die sich unter Einen Thatbestand zusammenschließen, z. B. es wird eine Reihe von Schmähungen hintereinander gegen Einen ausgestoßen; es wird Jemand durch mehrere successive Verwundungen uno actu getödtet (α). Hier ist keine Konkurrenz, sondern nur Ein Verbrechen vorhanden. Während aber hier bei Verbrechen, die gegen die unmittelbare Persönlichkeit gerichtet sind, stets Eine und dieselbe Person als Gegenstand des Angriffs vorausgesetzt ist (im Gegensatz vom vorigen Fall), so ist diese Einheit der verletzten Person in andern Fällen nicht erforderlich. Es ist z. B. nur Ein Verbrechen vorhanden, wenn uno actu Sachen, die Mehreren gehören, gestohlen werden [2]); denn

---

1) Die von Mitermaier not. zu Feuerbach §. 131 gemachten Unterscheidungen sind sehr willkührlich; die meisten der dort angedeuteten Fälle sind wahrhafte Konkurrenzfälle. S. auch Oersted S. 399 Note, und S. 395—397.

2) Oersted S. 394. Heffter §. 163. II. b.

Digitized by Google

das Eigenthum inhärirt der Persönlichkeit nicht unmittelbar, wie Leben, Freiheit, Körper, Ehre, und eben deshalb macht im Diebstahl nicht die einzelne Persönlichkeit, sondern die allgemeine das Objekt des Angriffs aus. Ebenso liegt nur Ein Verbrechen vor, wenn uno actu mehrere Häuser angezündet, mehrere Aktenstücke in derselben Angelegenheit gefälscht werden u. s. f. Immer aber versteht sich hier von selbst, daß unter den angegebenen Voraussetzungen auch an der Willensrichtung das Moment der Einheit gesetzt seyn muß.

B. Die Momente sind verschiedenartige, z. B. bei Raubmord, Betrug mittelst Fälschung ꝛc. Hier müssen nothwendig auch immer mehrere Willensrichtungen vorhanden seyn, daher an der Anwendbarkeit des Begriffs der Konkurrenz nicht zu zweifeln ist [1]).

II. Successive Konkurrenz,

1) verschiedenartiger Verbrechen; der gewöhnliche Fall der realen Konkurrenz.

2) Gleichartiger Verbrechensakte.

A. Liegen diesen Akten selbständige Willensakte zu Grunde, so ist wiederholtes Verbrechen vorhanden, was unter den Begriff der Konkurrenz fällt;

B. den andern Fall bildet das fortgesetzte Verbrechen (γ), worüber unten.

Nun erst ist die weitere Frage, welche rechtliche Behandlung die wahren Konkurrenzfälle verdienen (I. 1. B. a. b. — 2. B. II. 1. 2. A.)? Welche Antwort hierauf das gemeine deutsche Recht gebe, ist freilich vielfach bestritten. Doch sind hinsichtlich des römischen Rechts die

1) Heffter §. 164 a. E.

Digitized by

bewährteſten Schriftſteller darin einig, daß es bei der idealen, wie bei der realen Konkurrenz den Grundſatz: quot delicta, tot poenae [1]) zur Anwendung gebracht habe; — falls nur nicht mit der vorliegenden Frage ein ganz andrer Fall, nämlich das Zuſammentreffen mehrerer Strafen bei demſelben Verbrechen, verwechſelt wird. Auch hat Wächter gezeigt, daß bis zu Karpzows Zeit das römiſche Recht von der Doktrin im Ganzen nicht mißverſtanden wurde, da es am wenigſten als Mißverſtändniß gelten konnte, wenn ſchon die Gloſſe den Fall des fortgeſetzten Verbrechens und der Tödtung durch mehrere auf einander folgende Schläge von den Konkurrenzfällen ausſchied. Um ſo mehr iſt aber Streit darüber, ob auch das deutſche Recht jenem römiſchen Grundſatze folge, oder ob es nicht vielmehr, insbeſondre bei der idealen Konkurrenz, den Grundſatz: Poena major absorbet minorem aufſtelle [2])? Gewiß iſt, daß ſeit Karpzow dieſer Grundſatz, auch wohl mit der Conceſſion eines ſchärfenden Zuſatzes zu der poena major ſich vielfach in der Doktrin und Praxis, und zwar auch in Beziehung auf die reale Konkurrenz geltend machte, wenn gleich derſelbe keineswegs als ein allgemein angenommener gerechtfertigt werden kann, um ſo weniger, da in die Praxis die größte Principloſigkeit und die offenkundigſte Verwechslung ganz verſchiedener Fragen einriß [3]). Eben dies wirkt nun auch in den neuen Geſetzgebungen nach, denen theilweiſe noch von der

1) S. Wächter I. §. 123. n. 99. Heffter §. 164. Marezoll S. 152. n. 2. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 126. Letzterer und Heffter n. 4 machen Modifikationen, die unbeſtimmt und willkührlich ſind.

2) Wächter a. a. O. n. 100. Marezoll a. a. O.

3) Wächter a. a. O. n. 99. 100.

Digitized by Google

Doktrin das Wort geredet wird, wenn sie bei der vorliegenden Frage einem unerquicklichen Eklekticismus huldigen. — Man hätte den einfachen, von Schröter, Savigny, Grolman, Wächter vorgezeichneten Weg nicht verlassen sollen, welche die Trennung der zwei Fragen verlangten: a) ob es gerecht sei, dem Verbrecher alle verdienten Strafen zuzuerkennen? und b) was zu thun sei, wenn die zu häufenden Strafen sich aus irgend welchen Gründen nicht häufen lassen? Es ist allerdings nicht zu läugnen, daß die Zusammenrechnung der Strafen, auch mit hinzugenommener Operation der Strafverwandlung, welche ad b) der einzige rechtsgemäße Ausweg ist, zu der Nothwendigkeit führen kann und muß, Gesammtstrafen auszusprechen, die völlig unvollziehbar werden. Allein dadurch werden solche Gesammtstrafen im Mindesten nicht ungerecht, und das Gesetz, welches, um solchen Strafen vorzubeugen, den Grundsatz der Absorption aufstellt, giebt geradezu einen Freibrief zum Verbrechen. Von Seiten der Doktrin [1]) ist es aber eine sonderbare Forderung, daß man Gerechtigkeit und das, was praktisch sei, mit einander verbinden solle. Denn im Gebiete des Strafrechts ist eben nur das Gerechte das wahrhaft Praktische; wenn aber die Ausführung des Gerechten auf Inkonvenienzen stößt, so ist es nicht der richtige Weg, dem Gerechten das Ungerechte grundsätzlich zu substituiren, sondern es ist auf andre Weise zu helfen. Freilich wird denn aber theilweise behauptet, daß der Grundsatz: quot delicta, tot poenae, wenigstens bei der idealen Konkurrenz, sogar wider das Recht sei. So z. B. sagt Mittermaier, es müsse überhaupt beim Zusammentreffen mehrerer Verbrechen

1) Mittermaier n. 3 zu Feuerbach §. 126.

Eines Individuums dieſe Mehrheit von Verbrechen als ein Ganzes betrachtet und demgemäß bei verwirkten ſchweren Strafen die geringeren nicht beſonders angerechnet werden. Allein, da Mittermaier die Gerechtigkeit als Princip anerkennt, ſo war gerade hier die Berufung auf Carmignani [1]) am wenigſten am Platze, bei dem der gedachte Grundſatz eben nur aus einem dem Gerechtigkeitsprincip entgegengeſetzten Princip folgt, wie er denn auch den Richter hier mit einem Arzte vergleicht, der, wenn er nicht Zeit und Mühe verlieren wolle, auf das Hauptübel losgehen müſſe und ſich nicht mit den ſymptomatiſchen aufhalten dürfe. So lange man aber beim Rückfall nicht ebenfalls ſo argumentirt, d. h. die verwirkte neue Strafe, wenn ſie eine geringere iſt, in der früher erkannten größeren ſich abſorbiren läßt, ſo iſt man ſehr inkonſequent; und, wenn man etwa antwortet [2]), daß beim Rückfall im Gegentheil die neue Strafe ſtrenger ausfallen müſſe, weil der Verbrecher ſich durch die frühere nicht habe abſchrecken, beſſern laſſen, ſo zeigt dies nur, daß man an die Stelle der Gerechtigkeit überhaupt die Zweckmäßigkeit ſetzt, und daß man nicht einmal ein Arg daran hat, wenn die verſchiedenen Zweckmäßigkeitsgründe ſich widerſprechen. — Mehr Schein hat es ſchon, wenn die fragliche Behauptung auf die ideelle Konkurrenz eingeſchränkt wird. Hier beruft man ſich darauf, daß der Entſchluß nur Einer ſei [3]), oder auch umgekehrt darauf, daß die verſchiedenen Entſchlüſſe nur Eines Akts bedürfen [4]). Allein beide

1) Teoria delle leggi III. S. 235—237.

2) S. die neuen Geſetzgebungen u. Mittermaier ſelbſt §. 132 a zu Feuerbach.

3) Mittermaier not. zu Feuerbach §. 131.

4) Heffter §. 164. not. 7, der aber doch bei unbeſtimmten Strafgeſetzen das Richtige anerkennt.

Digitized by Google

Gründe können nichts entscheiden. Denn der Eine Entschluß involvirt mehrere selbständige Absichten, und ebenso umfaßt der Eine Akt verschiedene dem Begriff nach selbständige Thatbestände. Es ist aber keineswegs ein Grund einzusehen, warum ein Verbrechen an seiner objektiven und subjektiven Größe das Mindeste dadurch verlieren sollte, daß noch ein zweites mit ihm verbunden wird. Nur so viel läßt sich sagen, daß, wenn die ideell konkurrirenden Verbrechen relativ denselben Thatbestand (begriffsmäßig) haben, eben dieser gemeinschaftliche Theil nicht doppelt aufgerechnet werden kann (I. 1. B. a.). Oersted [1]) meint, daß wenigstens bei kulposen Vergehen von dem richtigen Princip eine Ausnahme zu machen sei, da es hart seyn würde, denjenigen, der fahrlässig mit Gift umgegangen sei und dadurch den Tod mehrerer Menschen verschuldet habe, so vielmal, als die Zahl der Gestorbenen betrage, wegen kulposer Tödtung zu strafen, wie man ja auch bei fahrlässiger Brandstiftung nicht die abgebrannten Häuser zähle. Allein offenbar ist die Vergleichung mit der Brandstiftung nicht treffend, da diese ein quantitativ nicht abgeschlossenes Verbrechen ist, wie die Tödtung. Da ferner Oersted anerkennt, daß bei dem Versehen die Größe des Erfolgs als Erkenntnißgrund für die Unvorsichtigkeit sehr in Betracht komme, so ist nicht einzusehen, warum er diesem Erkenntnißgrund und dem daraus zu ziehenden Schlusse nicht auch die konsequente Folge geben will. Die Härte wird von selbst verschwinden, wenn das Gesetz über kulpose Tödtung die nöthige Weite hat. — Ist es aber ein nicht hinwegzuraisonnirendes Gebot der Gerechtigkeit, daß jedem besondern Verbrechen seine besondre Strafe

1) Grundregeln S. 396. 397.

Digitized by Google

werde, und läßt sich kein Grund einsehen, warum das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in Einer Handlung oder gar nur in Einer Untersuchung die geringern geradezu auslöschen oder auch nur in ihrer Größe schmälern sollte, so kann das von der neuern Gesetzgebung befolgte System principiell nicht gutgeheißen werden, sofern dieses, bei vielen Modifikationen im Einzelnen, doch wesentlich darauf hinausläuft, bei der idealen Konkurrenz unbedingt jene theilweise Absorption anzuerkennen, und selbst bei der realen die Sache so darzustellen, als bilde die Konkurrenz einen wahren, noch dazu sehr exorbitanten, Strafmilderungsgrund. — Vielmehr kann eine gerechte Strafgesetzgebung nur von dem gerechten Principe ausgehen, welches schon im römischen Rechte ausgesprochen ist. Will sie aber sich zugleich praktisch zeigen, so thue sie es nur an der rechten Stelle! Und gerade hier bleibt in der Regel so Vieles zu wünschen übrig. Zuvörderst sind es gerade die absoluten Strafgesetze und die Todesstrafe, welche wie sie selbst irrationale Dinge sind, auch in dieser Materie die meisten Inkonvenienzen hervorbringen, da man doch wenigstens insoweit human ist, daß man die Todesstrafe nicht schärfen und nicht mit andern Strafen kumuliren will. Sodann aber entstehen die vielen Härten bei Bestrafung konkurrirender Verbrechen daraus, daß unsre Gesetzgebungen die unglückliche Sucht haben, die Begriffe der Verbrechen in möglichst viele selbständige Arten zu zerspalten, aus bloßen Versuchen eigene Verbrechen zu konstruiren, und den Strafcodex noch überdies aus dem Polizeistrafkodex zu rekrutiren. Hic est Rhodus! Würde man in diesen Punkten das Uebel bei der Wurzel angreifen, so würde man weit weniger im Falle seyn, gegen Härten zu eifern, die man selbst geschaffen hat, und sich

wegen überflüssig gewesener Humanität zu beloben. Ein weiteres Erforderniß, woran es auch meist fehlt, wäre ferner eine größere Beweglichkeit des Strafsystems, insbesondre eine größere Sorgfalt in Koordinirung und Subordinirung der Strafmittel [1]), namentlich um nur auf Ein Hauptübel aufmerksam zu machen, die Verbannung des beliebten Systems der abstrakten Konnerität der Ehren- und Freiheitsstrafen, und eine größere Ausdehnung der nichtentehrenden Gefängnißstrafe. Denn das ist freilich nicht zu läugnen, daß bei den hergebrachten Strafsystemen nothwendig in Konkurrenzfällen Ausnahmen auf Ausnahmen gemacht werden müssen, wenn man nicht inhuman und ungerecht zugleich werden will. Ein biegsameres Strafsystem würde aber gerade die einzig gerechte Aushilfe, welche sich angeben läßt, — die Strafverwandlung erleichtern, und die Abschaffung der irrationalen Strafmittel würde die Zahl der Fälle der Inkompatibilität der Strafen um ein Gutes vermindern. — Damit soll nicht gesagt seyn, daß hiedurch alle Schwierigkeiten abgeschnitten wären; denn immer würde die Eine Hauptschwierigkeit bleiben, welche in der gemessenen Dauer des menschlichen Lebens liegt, da die Möglichkeit, so viele Verbrechen zu begehen, daß die Gesammtstrafe unvollziehbar wäre, eine unendliche ist. Hier ist indessen zuvörderst Ein Grundsatz zu erwähnen, der von der Doktrin, wie von der neueren Legislation vielfach befolgt ist, der nämlich: daß in continuo vollzogene Freiheitsstrafen in Beziehung auf ihre Intensität nicht in arithmetischer, sondern in geometrischer Progression wachsen, daß daher die Gerechtigkeit selbst hier

1) S. die vielen treffenden Andeutungen bei Wächter, Strafarten und Strafanstalten.

einen dieſem intenſiven Mehr entſprechenden Abzug an der Dauer fordere [1]). Ohne Zweifel iſt hiemit ſchon viel geholfen, und man muß ſich nur darüber verwundern, daß man dieſen Grundſatz, der doch für alle hinter einander zu erſtehenden Freiheitsſtrafen (alſo auch wenn ein ſchon rechtskräftig Verurtheilter oder ein Sträfling ein neues Delikt begeht, worauf Freiheitsſtrafe ſteht) wahr iſt, gleichwohl nur im Falle der Konkurrenz anerkennt [2]). Sodann aber bleibt es freilich immer noch möglich, daß bei konkurrirenden Verbrechen die Strafen inkompatibel ſind, z. B. wenn mehrere Ehrenſtrafen, wenn lebenslängliche Freiheitsſtrafen unter ſich oder mit kürzeren Freiheitsſtrafen, oder wenn ſo viele zeitlichen Freiheitsſtrafen zuſammentreffen, daß die Geſammtſtrafe (auch nach der zuvor namhaft gemachten Reduktion) die muthmaßliche Lebensdauer des Verbrechers überſtiege. Hier können nun zwar immer noch die Ehrenſtrafen in Freiheitsſtrafen verwandelt werden, aber eben bei dieſen kann und muß betreffenden Falls die Unmöglichkeit der Vollziehung eintreten. Hier entſteht jedoch die Frage, ob es denn überhaupt Sache der Geſetzgebung ſei, die Ausnahme für ſolche Fälle feſtzuſetzen, ob dies nicht vielmehr der Gnade überlaſſen werden müſſe? Die neuen Geſetzbücher laſſen in der Regel durch Todes- und lebenslängliche Freiheitsſtrafe alle andern Strafen abſorbirt werden [3]). Das Wirtembergiſche dehnt denſelben Grund-

---

1) Marezoll S. 156 unt. Kitka, Verfahren bei Abfaſſung neuer Geſetzbücher S. 124. Schüler, Beiträge S. 41. Hufnagel I. S. 251.

2) Das Wirt. GB. Art. 115. S. 2 geht einen Schritt weiter, bleibt aber doch wieder auf halbem Wege ſtehen.

3) S. z. B. Sächſ. GB. Art. 52. Wirt. GB. Art. 117. Wie verträgt ſich aber damit der Art. 128?

Digitized by Google

satz auf zeitliche Zuchthaus-, Arbeitshaus- und theilweise auf die Ehrenstrafen aus [1]). Ferner beschränkt dieses den Uebergang vom zeitlichen zu lebenslänglichem Zuchthaus auf den Fall, wenn eines der zusammentreffenden Verbrechen wenigstens mit 20 Jahren Zuchthaus zu bestrafen ist und der Betrag der durch die übrigen Verbrechen verwirkten Strafen dem höchsten Maße der zeitlichen Zuchthausstrafe sich nähert (Art. 116). Das Sächsische Gesetzbuch erlaubt dem Richter, die Strafe zu kürzen, wenn die Gesammtstrafe die wahrscheinliche Lebensdauer des Verbrechers übersteigen würde (Art. 58). Der Badische Entwurf setzt geradezu ein Maximum von 30 Jahren fest. Daß jene Absorptionen dem Rechte zuwider seien, gesteht man selbst, wenn man sich die processualische Frage vorlegt, ob nun die Verbrechen, deren Strafen absorbirt werden, auch nicht zu untersuchen seien [2])? Es liegt auch auf der Hand, daß hier der Gerechtigkeit abgebrochen wird, um entweder nur der Nothwendigkeit sich zu fügen oder noch überdies einen Akt der Humanität auszuüben. Ersteres ist nun allerdings etwas, das die Gesetzgebung anerkennen kann, ohne ihr Princip aufzugeben, wie sie ja auch anerkennt, daß der Tod die Strafbarkeit tilge. Dagegen ist Letzteres nicht ihre Sache, da vielmehr mit der oben gedachten Ausgleichung der Intensität und der Dauer ihr Geschäft beendigt ist. Liegen nun Fälle vor, wo die gesetzlichen Schärfungsmittel der lebenslänglichen Freiheitsstrafe nicht mehr ausreichen, um den Werth der Verschuldung auszudrücken, so hört das Amt der Gerechtigkeit unter dem diktatorischen Gebote der Nothwendigkeit auf, wie es aufhört, wenn der Angeschuldigte ihr

1) Wirt. GB. Art. 118. 119.

2) S. Hufnagel I. S. 641—649. II. S. 532. 901—903.

Digitized by Google

durch den Tod entzogen wird. Handelt es sich aber um die Frage, ob überhaupt die lebenslängliche Freiheitsstrafe geschärft werden soll (eine Frage, die jedoch nicht auf den Fall der Verbrechenskonkurrenz zu beschränken ist), oder ob es in Fällen der Konkurrenz nicht der Humanität gemäß sei, schon den Uebergang von zeitlicher auf lebenslängliche Freiheitsstrafe zu beschränken, oder gar diesen Uebergang gänzlich auszuschließen und sich mit einem Maximum der zeitlichen Strafe (einem abstrakten oder einem nach der wahrscheinlichen Lebensdauer bestimmten) zu begnügen, — so sind dies Fragen, welche die bloß zur Festsetzung des Rechts berufene Gesetzgebung nicht lösen kann. Ihre Beantwortung muß derjenigen Gewalt überlassen werden, deren Amt überhaupt es ist, die nothwendigen Härten des strengen Rechts auszugleichen, der Gnade. — Muß aber dies für das Princip anerkannt werden, so kann man nun in zweiter Linie die Frage aufwerfen, ob es nicht, da es sich hier von einem konstant und gleichmäßig sich wiederholenden Verhältniß handelt, angemessen sei, daß die Gewalt, der es zusteht, die Gnade zu spenden, ihr Vorrecht für die betreffenden Fälle ein für alle Male delegire? Und der Bejahung dieser Frage scheint allerdings nichts im Wege zu stehen.

Besondre Schwierigkeiten hat in der Doktrin und Gesetzgebung [1]) der Fall des fortgesetzten Verbrechens gemacht. Zwar hat man nun wohl allgemein die alte Definition verlassen, wornach Alles auf die Identität des Gegenstandes ankommen sollte, da namentlich die

1) S. Mittermaier n. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 128. Derſ. im N. Arch. II. S. 234 f. Sander ebend. 1836. S. 374 f. Trefurt ebend. 1838. S. 422 f. Mittermaier in Demme's Ann. I. S. 1 ff. Heffter §. 163 a. E. Marezoll S. 154. n. 1—3.

Digitized by Google

hiernach gemodelte Bestimmung des bairischen Gesetzbuchs zu den sonderbarsten Entscheidungen geführt hatte (Gönner, Jahrbücher. I. S. 102. III. S. 156). Allein die weitere Beschäftigung der Wissenschaft mit der Sache hat noch zu keinem Abschlusse geführt, so daß das sächsische [1]) und wirt. Gesetzbuch [2]) es für gerathen gehalten haben, geradezu von einer Definition Umgang zu nehmen und die fernere Entwicklung des Begriffs der Doktrin zu überlassen. Mit Recht macht nun Mittermaier [3]) gleich von vorn herein geltend, daß man weder das Verbrechen als Verletzung der Rechte bestimmter Personen, noch als den wahren Gegenstand des Verbrechens als solchen den unmittelbaren Gegenstand der Handlung betrachten sollte, — Bemerkungen, die in ihrer tiefen Wahrheit hier schon mehrfach gewürdigt und am betreffenden Orte angewendet worden sind, die aber gerade bei der vorliegenden Frage um so weniger am Platze zu seyn scheinen, als es hier denn doch theilweise gerade auch auf den unmittelbaren Gegenstand der Handlung ankommt, mit welchem bei manchen Verbrechen das Objekt des Verbrechens selbst koincidirt. Die Erörterung mag sich an die Verhandlungen der Wirt. Abg. Kammer anknüpfen! Der Entwurf (dem hannövrischen folgend) forderte als Bedingungen (außer der Gleichartigkeit der Verbrechen): a) daß sie infolge ebendesselben verbrecherischen Entschlusses, oder b) in Beziehung auf dasselbe fortdauernde Verhältniß begangen worden, oder c) daß die mehreren Handlungen als Bestandtheile einer und derselben That zu betrachten seien. Dagegen wurde

---

1) Art. 49. Günther Bemerk. S. 37. Krug Studien I. S. 89.
2) Art. 122. Hufnagel I. S. 262. 263. III. S. 152—154. 646.
3) Demme's Ann. I. S. 5 ff.

Digitized by

mit dem Verf. der Bemerkungen ꝛc. [1]) eingewandt, daß die beiden ersten Requisite zu weit seien, da darunter auch wahre Konkurrenzfälle enthalten seien, der Ausdruck: Verhältniß insbesondre vag erscheine, das dritte Erforderniß aber eine petitio principii involvire [2]). Es wurde dagegen vorgeschlagen, Fortsetzung dann anzunehmen, wenn mehrere auf denselben Gegenstand oder einen unabgesonderten Inbegriff von gleichartigen Gegenständen, oder auf denselben Beschädigten, oder, wenn auch auf mehrere Beschädigte, doch auf denselben Endzweck gerichteten Verbrechen derselben Art infolge desselben verbrecherischen Entschlusses begangen werden. Da aber dieser Definition eingewandt wurde, daß das Erforderniß des gleichen Endzwecks wieder viel zu weit führe, so wurde die dritte vorgebracht: mehrere gleichartige Handlungen, die, in ununterbrochener Reihenfolge vorgenommen, nur Ein Verbrechen bilden würden. Indessen konnte nicht entgehen, daß auch diese Bestimmung theils unbestimmt sei, theils eine petitio principii enthalte. Es wurde daher das Erforderniß der Einheit des Entschlusses wieder hervorgesucht, jedoch wieder angefochten, weil die Praxis bisher auch dann fortgesetzten Ehebruch angenommen habe, wenn Jemand im Ehebruch lebe, das Verhältniß abbreche und hernach infolge eines neuen Entschlusses wieder aufnehme. Das Resultat war, wie gesagt, die Verweisung der Frage an die Doktrin. — Zunächst scheint nun aber vorerst jeder Fall ausgeschlossen werden zu müssen, wo es sich von einer Mehrheit verbrecherischer Entschlüsse handelt; wenn die wirt. Praxis hier Fortsetzung annahm, so hatte sie offenbar Unrecht. Denn, sollen mehrere Akte als Ein Akt gelten können, so ist

1) v. Kapff Bem. zum Wirt. Entw. S. 72—75.
2) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 11—14.

Digitized by Google

die Einheit vor Allem im Princip alles Handelns, im Willen zu ſuchen. Die Frage kann vielmehr nur ſeyn, ob die Einheit des Entſchluſſes genüge? Und dieſe iſt zu verneinen. Es darf auch, die Einheit des Entſchluſſes vorausgeſetzt, nicht durch die Wiederholung des Akts objektiv ein neues Verbrechen entſtehen (wie bei dem, der nach einander verſchiedenen Reiſenden räuberiſch auflauert) [1]). Es muß alſo auch an der objektiven Seite das Moment der Einheit geſetzt ſeyn. Wenn nun aber dies ſo ausgedrückt wird, daß die verſchiedenen Akte als Beſtandtheile Einer Handlung zu betrachten ſeyn müſſen, ſo iſt dies offenbar ein idem per idem. Die Frage iſt gerade, wie dieſe objektive Einheit näher beſchaffen ſeyn müſſe? Auch führt jene Beſtimmung dazu, Fälle, die nicht fortgeſetzte Verbrechen, ſondern in der That nur Ein Verbrechen ſind, als fortgeſetzte zu betrachten und daher einer ſtrengeren Behandlung [2]) zu unterwerfen, nämlich die oben unter I. 2. A. angeführten; — weßhalb denn die Definition, welche Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 128 giebt, an zu großer Unbeſtimmtheit leidet, da darunter auch jedes einfache, mehrere Akte umfaſſende, Verbrechen fällt. Bei näherer Beſtimmung der objektiven Einheit iſt nun aber wohl die Identität des Beſchädigten ganz bei Seite zu laſſen, da ſie für ſich nie der Grund iſt, warum man bloß ein fortgeſetztes, nicht ein wiederholtes Verbrechen anzunehmen hat. Dagegen ſcheinen die Erforderniſſe der Einheit des Objekts oder eines objektiven Verhältniſſes geeignet zu ſeyn, die Sache auszudrücken, ſobald ſie mit dem Momente der

---

1) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 7. 8.

2) Mit Unrecht will Roßhirt Entw. S. 150 dieſen Unterſchied nicht zugeben.

Digitized by Google

Einheit des Entschlusses zusammentreffen [1]). Nur muß beides noch näher bestimmt werden. Was nun aber a) den Ausdruck: fortdauerndes Verhältniß betrifft, so ist er jedenfalls in seiner Allgemeinheit unrichtig [2]). Mit Recht konnte daher der Verf. der o. a. Bemerkungen fragen: ob es das Verhältniß des Verbrechers zu dem Beschädigten oder zu seinem Mitschuldigen, oder zu seiner Familie, oder zur Außenwelt überhaupt, oder ob seine Lebensweise, sein Nahrungsstand, sein Gewerbe, oder der Gegenstand, an welchem das Verbrechen begangen werde, gemeint sei? Die Unbestimmtheit verschwindet auch nicht, wenn Marezoll [3]) sagt, es handle sich von Fällen, wo nicht sowohl der einzelne Akt, als vielmehr das ganze Verhältniß das Verbrechen begründe. Auch Mittermaier braucht den Ausdruck viel zu unbestimmt [4]). Es müßte näher gesagt werden: ein dauerndes objektives Verhältniß von rechtlicher Bedeutung. Dann ist es nicht nöthig, von einem „Verhältniß der Vermögenslosigkeit, der Feindschaft ꝛc." zu sprechen und dadurch die Sache lächerlich zu machen. Jene Bezeichnung paßt wenigstens auf den Ehegatten, der die eheliche Treue bricht, auf den untreuen Verrechner, auf den gewissenlosen Vormund; sie paßt auch auf den Fall fortgesetzten Incests oder fortgesetzter Sodomie u. dgl., sofern hier ein dauerndes Verhältniß von widerrechtlicher Bedeutung begründet wird. Indessen kann der Ausdruck überhaupt entbehrt werden, sobald nur b) die Identität des Objekts auf die gehörige Weise bestimmt wird. Hier ist zuvörderst an den oben gedachten Unterschied solcher Verbrechen, die quantitativ abge-

1) Dieses Moment fehlt bei Oersted, Grundregeln S. 397. 398. Vgl. aber S. 411.

2) S. auch Mittermaier a. a. O.

3) L.B. S. 154; ebenso Heffter §. 163 a. E.

4) Demme's Ann. I. S. 8 unten.

Digitized by Google

ſchloſſen ſind, von ſolchen zu erinnern, bei welchen das Gegentheil ſtattfindet. Tödtung, Körperverletzung ſind z. B. mit einem Individuum abgeſchloſſen; wer ſich mithin auf Einmal entſchlöße, eine ganze Familie umzubringen, der würde keinen fortgeſetzten Mord begehen. Ebenſo würde von bloß fortgeſetztem Ehebruch nicht die Rede ſeyn können, wenn Jemand ſich entſchlöße, mit mehreren Ehefrauen Ehebruch zu treiben, d. h. mehrere ehliche Verhältniſſe zu verletzen. Umgekehrt haben die Verbrechen gegen das Eigenthum keine ſolche ſchlechthin beſtimmte quantitative Grenze; daher iſt bloß fortgeſetztes Verbrechen vorhanden, wenn Jemand mit falſchem Maß und Gewicht fortdauernd Betrug verübt, wenn er die Leinwand von einer Bleiche auf mehrere Male ſtiehlt, wenn ein Dienſtbote aus der Geldkaſſe ſeines Herrn, wozu er ſich ein für alle Male den Zutritt eröffnet, mehrmals Entwendungen macht. Es iſt jedoch klar, daß bei den Verbrechen der letztern Art eine genauere Beſtimmung nöthig iſt, wo der Begriff der Fortſetzung ſeine Grenze habe. Wiederum giebt es eine Reihe von Verbrechen, bei denen der Akt, noch ſo oft wiederholt, das Objekt des Verbrechens nicht wachſen macht; dahin gehört der Ehebruch von Seiten eines Ehegatten, ferner blutsſchänderiſche, widernatürliche Unzuchtsverhältniſſe mit derſelben Perſon (dort iſt das Objekt die Heiligkeit des beſtimmten ehlichen Verhältniſſes, hier die Forderung der natürlichen Sittlichkeit gegenüber einer blutsverwandten, oder einer Perſon überhaupt); ebenſo die Prävarikation eines Advokaten gegenüber einem beſtimmten Klienten, die Defraudation eines Rechenbeamten in Beziehung auf eine beſtimmte Kaſſe, die Vorzeigung eines falſchen Paſſes bei verſchiedenen Behörden u. ſ. f. Bei dieſer Klaſſe von Verbrechen nun

Digitized by Google

bedarf es nur einer richtigen Bestimmung des Objekts des Verbrechens als solchen, um den Unterschied zwischen Fortsetzung und Wiederholung aufzufinden. Päderastie z. B. kann mit Einem Genossen in's Unendliche hin fortgesetzt werden; dagegen entsteht mit jedem neuen Genossen ein neues Verbrechen. Die Produktion einer gefälschten Sache (mit deren Fälschung die Verletzung der fides publica ein für alle Male vorhanden ist) kann beliebig fortgesetzt werden; dagegen bildet jede neue Fälschung ein neues Verbrechen. Die richtige Bestimmung des Objekts ergiebt hier immer von selbst, ob mit dem neuen Akt ein neues Objekt entsteht oder nicht. Dagegen sind es die zuvor genannten, quantitativ unbeschlossenen Verbrechen, welche eine weitere Bestimmung nöthig machen. Dieselbe dürfte darin liegen, daß Fortsetzung anzunehmen wäre, sobald an dem Gegenstande der Handlung eine solche Qualität sich findet, daß es glaublich gefunden werden kann, der Thäter habe die verschiedenen Akte in die Einheit Eines Entschlusses zusammengefaßt, d. h. nur dann, wenn das Objekt auch unabhängig von dem subjektiven Belieben des Thäters für sich ein Ganzes bildet, nicht aber wenn die Vorstellung einer solchen Totalität nur in der Willkühr des Thäters begründet ist [1]). Von den sechs Fällen, die Mittermaier [2]) aufzählt, sind hiernach die Fälle 1. 2. 4 und 5 b. anzuerkennen, während in den Fällen 3 und 5 a. nur Ein Verbrechen anzunehmen seyn möchte. Was aber den Fall 6 betrifft, auf den er ganz besonderes Gewicht legt [3]), so ist wohl die Anwendung des

1) Damit ist wohl das, was Mittermaier a. a. O. S. 14 unter 4) sagen will, bestimmter bezeichnet.

2) A. a. O. S. 8—11.

3) n. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 128. Vgl. Martin §. 64.

Digitized by Google

Begriffs der Fortsetzung auf kulpose Vergehen sowenig zu rechtfertigen, als die des Versuchsbegriffs. Denn das Versehen schließt gerade das Eine wesentliche Moment für den Begriff des fortgesetzten Verbrechens, die Einheit des Entschlusses aus, der doch hier nur als positives Wollen gedacht werden kann, während das Versehen wesentlich auf dem Nichtwollen beruht. In dem von Mittermaier[1]) angeführten Fall eines Apothekers, der in eine, die Aufschrift eines oft angewendeten Heilmittels tragende, Büchse Arsenik gebracht hatte und nun, im Laufe von zwei Tagen verschiedene Male aus dieser Büchse dispensirend, acht Personen vergiftete, würde noch dazu die irrationale Nothwendigkeit entstehen, eine fortgesetzte Tödtung oder Körperverletzung an mehreren Personen anzunehmen, während doch gerade bei diesen Verbrechen, selbst die Einheit der Absicht vorausgesetzt, mit jedem neuen Objekt ein neues Verbrechen objektiv entsteht. In dem besagten Fall lag die Tödtung von acht Personen vor, die nicht mehr und nicht minder bestraft werden mußte, als wenn diese acht Personen in Einem Momente durch eine fahrlässige Handlung umgekommen wären. Schon oben wurde gegen Oersted bemerkt, daß kein Grund vorliege, in solchem Falle von den gewöhnlichen Grundsätzen über die ideale Konkurrenz abzugehen, da ja allgemein zugegeben wird, daß die Strafbarkeit des Versehens mit der Größe der objektiven Rechtsverletzung steigt (sofern dadurch die Fahrlässigkeit als eine intensivere erscheint), durch gehörige Weite des Strafrahmens für kulpose Tödtung aber jeder Härte vorgebeugt werden kann. Behauptet doch auch Mittermaier[2]), es liege

1) Demme's Annalen I. S. 11.
2) A. a. O. S. 12.

nicht bloß fortgesetzte Verläumdung, sondern eine Konkurrenz mehrerer Verläumdungen vor, wenn Jemand zugleich sich entschließe, mehrere Personen zu verläumden. Mit Recht dagegen erklärt er sich [1]) gegen die, allerdings scharfsinnige, Ausführung von Sander, wenn gleich seine Argumentation aus der moralischen Triebfeder den Kern der Sander'schen Ansicht [2]) nicht treffen dürfte. Denn diese läßt sich, ganz ungetrübt von Einmischung moralischer Rücksichten, so ausdrücken: daß stets nur Ein Verbrechen vorliege, wenn ein Individuum noch so oft nur Ein Verbrechensobjekt angreife, nur Eine bestimmte sittliche Potenz (Leben, Freiheit, Heiligkeit der Ehe, fides publica ꝛc.) negire. Darin liegt auch gewiß etwas sehr Wahres. Aber die Ansicht fehlt darin, daß sie die Identität in der subjektiven Seite des Verbrechens abstrakt zur Geltung bringt, und dem Objekt des Verbrechens, d. h. der objektiven Sittlichkeit selbst, die unabhängig von dem subjektiven Meinen und Belieben des Verbrechers besteht, ihr Recht nicht anthut, wie es ihr oben vindicirt worden ist. —

2) Die Nothwendigkeit der Strafverwandlung [3]) wegen physischer oder rechtlicher Unmöglichkeit der Vollziehung der zunächst verdienten Strafe ist wohl allgemein zugegeben (nur Grolman Grundsätze §. 117 will, wenn wenigstens ein Theil dieser Strafe vollziehbar ist, diesen vollzogen und die Strafverwandlung ausgeschlossen wissen). Dagegen ist auf verschiedene bestrittene Punkte aufmerksam zu machen. a) Man hat hie und da

1) A. a. O. S. 16—18.
2) N. Arch. 1836. S. 374.
3) Wächter I. §. 120. Heffter §. 158. 159. Marezoll S. 140—142. Mittermaier zu Feuerbach §. 158. 159. Abegg §. 154.

Digitized by Google

behauptet, daß Strafverwandlung auch dann eintreten dürfe oder müsse, wenn der Verbrecher die bestimmte Strafe nicht für ein Uebel achte, sondern etwa gar wünsche. Allein diese Behauptung fällt mit der falschen Ansicht, daß die Strafe ein Uebel sey, und daß sie den Zweck der Abschreckung zum Princip habe [1]). b) Man hat gefragt, ob auch der Stand des Verbrechens einen Grund zur Strafverwandlung abgebe [2])? Schon die älteren Kriminalisten bejahten die Frage, wenigstens bei arbiträren Strafgesetzen, damit nicht Verbrecher gebildeteren Standes durch die nach der Volksansicht beschimpfende Qualität gewisser Strafarten eine gegenüber von andern vergleichungsweise härtere Strafe zu erleiden haben sollen. Diese Ansicht vertheidigen auch noch Martin, Wächter, Hefftер, dieser jedoch nur unter der Bedingung, daß gesetzlich analoge Strafanstalten oder zu solcher Berücksichtigung berechtigende Privilegien vorhanden seyen, — womit er eigentlich die entgegenstehende Ansicht von Marezoll, Mittermaier ꝛc. bestätigt, welche die Berücksichtigung des gedachten Mißverhältnisses zwar der Gesetzgebung zur Beachtung empfehlen, dagegen dem Richter (wenigstens bei bestimmten Strafgesetzen) ein Recht zur Verwandlung aus diesem Grunde nicht einräumen. Letztere Ansicht verdient auch wohl den Vorzug, da es in keinem Falle Sache des Richters seyn kann, Fehler der Gesetzgebung zu korrigiren. Eine gewisse Rechtfertigung hatte die entgegenstehende Ansicht und die ihr folgende Praxis allerdings an dem elenden Zustande des von der Gesetz-

1) S. Abegg Unterſ. Abh. I.

2) Hefftер §. 158 n. 5. Marezoll S. 141. n. 2. vgl. Oerſted Grundregeln S. 375 ff. Martin §. 64. u. 4. Wächter I. 118. n. 85.

gebung verwahrlosten gemeinen Rechts. Mit Recht hat dagegen die neuere Legislation [1]) in dieser Frage ihr Recht und ihre Pflicht gewahrt; und, wenn etwas dabei zu bedauern ist, so ist es nur der aristokratische Schnitt, den ihre Bestimmungen tragen [2]). Auf die Bemerkung von Wächter sodann: daß besondre Nachtheile an der Standesehre und den Standesrechten, die einen Verbrecher infolge einer bestimmten Strafe treffen, als Gründe relativer Strafminderung berücksichtigt werden sollten, scheint Heffter treffend zu entgegnen, daß hiezu kein Grund vorhanden sei, da jenes nur eine sehr verdiente Rückwirkung auf das besondere bürgerliche Verhältniß des Verbrechers sei. c) Die Frage [3]), ob der Richter auch nach ausgesprochenem rechtskräftigen Urtheile die schon erkannte Strafe noch verwandeln dürfe, gehört in den Prozeß.

3) Irrigerweise stellen Manche den, wegen unverschuldet erlittener Uebel zu machenden, Abzug an der Strafe als eine Strafmilderung dar [4]). Die Sache selbst ist unbestritten. Nur setzen Doktrin und neuere Legislation häufig Beschränkungen, die sich mit dem hier strikt zur Anwendung kommenden Princip der Gerechtigkeit keineswegs vertragen, so wenn sie bloß unverschuldet erlittenen Arrest an verwirkter Gefängnißstrafe in Abrechnung bringen, wie das sächs. Gb. (Art. 62.) [5]), oder wenn sie zwar viel weiter gehen, wie das Wirt. Gb.

1) S. Mittermaier zu Feuerbach. n. 2 zu §. 143 u. n. 2 zu §. 159.

2) S. die Verh. der Wirt. Abg. Kammer bei Hufnagel I. S. 26. 29. vgl. III. S. 43—45.

3) Wächter I. S. 242 ob.

4) Dagegen Wächter I. §. 119. Marezoll S. 149. 150. Mittermaier n. 1. 2 zu Feuerbach §. 99. Heffter §. 157. n. 2. Abegg N. Arch. XVI. S. 155 ff.

5) S. Schüler Beitr. S. 49.

Digitized by Google

(Art. 114.), aber an der Todes- und lebenslänglichen Freiheitsstrafe keinen Abzug zulassen [1]).

C. Die Schranken der gesetzgebenden und der richterlichen Gewalt.

§. 215.

Vornehmlich bei der Bemessung der Strafe für konkurrirende Verbrechen hat sich gezeigt, daß Gesetzgebung und richterliche Gewalt Schranken haben, die sie nicht überspringen können, ohne ihre Natur aufzugeben. Allein nicht nur in diesem Falle, sondern allenthalben können diese Schranken hervortreten, weil dieselben im Wesen der gedachten Staatsgewalten selbst liegen. Einerseits ist nämlich das Gesetz nothwendig abstrakter Natur; und andrerseits ist die richterliche Gewalt, welche die allgemeine Norm an der unendlichen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle zu verwirklichen hat, nothwendig an die abstrakten Grenzen der gesetzlichen Norm gebunden, so daß bei der für die Gesetzgebung bestehenden Unmöglichkeit, alle konkreten Fälle in ihrer unendlichen Eigenthümlichkeit vorauszusehen, ein Widerspruch zwischen dem Zwecke des Gesetzes und seiner Vollziehung entstehen muß, den die gedachten Staatsgewalten für sich nicht aufzulösen im Stande sind. Indem aber hieraus das Bedürfniß einer, sie zur Einheit vermittelnden, höhern Gewalt entspringt, der die Macht gegeben seyn muß, die Endlichkeit jener Gewalten in ihrer Unendlichkeit aufzuheben, mithin das Gesetz selbst für den einzelnen Fall zu mildern oder ganz zu negiren, so zeigt sich zugleich, daß überhaupt die am endlichen Willen des Verbrechers selbst sich vollziehende Gerechtigkeit nur eine relative ist, und daß es noch weitere Formen ihrer Erscheinung geben muß.

1) Dagegen Heffter a. a. O. A. M. Feuerbach, Wächter u. A.

Anm. — Es ist bei Gelegenheit der Verbrechenskonkurrenz (§. 214 Anm. 1.) auf die Begriffsverwirrung hingewiesen worden, welche darin liegt, wenn man eine nur der Gnade zustehende Ausgleichung des strengen Rechts mit der Eigenthümlichkeit eines Falls, den das Gesetz, ohne seiner Konsequenz zu entsagen, nicht vorausbestimmen kann und darf, gleichwohl von der Gesetzgebung fordert. Hier ist nun der Ort, daran zu erinnern, daß die strenge Gerechtigkeit, auf deren unverrückter Handhabung allein das Vertrauen in die Strafgesetzgebung und Strafjustiz beruht, nicht die einzige und letzte Form der Idee der Gerechtigkeit ist, daß vielmehr gerade ihre relative und insoweit endliche Natur die Nothwendigkeit einer höheren, ausgleichenden Gerechtigkeit setzt. In keinem organischen Systeme ist es aber zulässig, dem einen Gliede eine Funktion zu vindiciren, die zur specifischen Bestimmtheit eines anderen gehört; und es heißt nur die Pflicht der Gerechtigkeit gegen die Natur der Sache selbst üben, wenn die Wissenschaft auch hier darauf dringt: „jedem Elemente des Ganzen die Bestimmungen seines besonderen Fürsichseins zuzutheilen."

II. Tod und Verjährung.

§. 216.

Die Wiederaufhebung der im Verbrechen gesetzten Verneinung am endlichen Willen des Verbrechers selbst wird dann ausgeschlossen, wenn dieses nichtige endliche Dasein durch einen Akt des Unendlichen selbst aufgehoben wird. Die Strafe wäre dann nicht nur überflüssig, sondern, weil überflüssig, auch ungerecht, ja ein Widerspruch mit sich selbst, da sie selbst das Nochnichtaufgehobensein jener nichtigen Existenz voraussetzt. Ein solcher reiner Akt des Unendlichen be-

Digitized by Google

thätigt ſich aber 1) in dem Tode des Verbrechers, wodurch die ſubjektive Exiſtenz des Verbrechens, der Wille des Verbrechers, aufgehoben und hiemit der Gegenſtand der Strafe hinweggenommen wird. Es kann daher in ſolchem Falle eine Unterſuchung nicht mehr eingeleitet, und die etwa ſchon eingeleitete muß abgebrochen werden, ſoweit ſie den Verſtorbenen betrifft. Wäre aber eine Strafe bereits rechtskräftig erkannt geweſen, ſo kann dieſe nicht mehr vollzogen werden, außer ſofern ſie das nur mittelbare Medium des Willens, das Vermögen, betrifft. Da in dieſem die Perſönlichkeit des Verbrechers nicht untergeht, ſondern von ſeinen Erben fortgeſetzt wird, ſo müſſen die Vermögensſtrafen von dieſen getragen werden, ſoweit die Erbſchaft reicht. Dadurch wird aber natürlich die civilrechtliche Schadenserſatzpflicht der Erben nicht berührt, wie es ſich auch von ſelbſt verſteht, daß die Nothwendigkeit der Herausgabe des durch das Verbrechen erlangten widerrechtlichen Erwerbs durch den Tod des Verbrechens nicht aufgehoben wird.

Anm. [1]) — Die Geſchichte unſeres poſitiven Rechts hat in dieſer Materie mehrere ſehr herbe Mißgriffe aufzuweiſen. Zwar ſpricht das römiſche Recht den Grundſatz aus: crimen extinguitur mortalitate, und als Ausnahme davon kann weder [2]) das betrachtet werden, daß der Tod des Verbrechers den fiskaliſchen Anſpruch auf die Commissa und Scelere quaesita, noch das, daß er die civilrechtlichen Anſprüche aus dem Delikte nicht aufhebt. Wohl aber enthält das römiſche Recht wahre, nicht zu rechtfertigende, Ausnahmen, indem es nicht nur übereinſtimmend mit dem älteſten germaniſchen Rechte [3]), Strafvollſtreckungen

1) Wie von Wächter I. S. 276 unter c. geſchieht.
2) S. hierüber Roßhirt Entw. S. 374 ff. vgl. mit Heffter §. 193.
3) Wilda S. 288–294.

Digitized by

gegen Todte und ihre unschuldigen Erben kennt (beim Majestätsverbrechen), sondern auch, wohl um Zusammenhang mit dieser Abnormität, Eröffnung oder Fortsetzung der Untersuchung nach dem Tode des Verbrechers gestattet (beim Majestätsverbrechen, Pekulat, Residuum, amtlicher Erpressung und Desertion), insbesondere um dem Fiskus das Vermögen des Angeschuldigten zu verschaffen. Mochte diese Behandlung ursprünglich bei den Privatdelikten und den aus ihnen hervorgegangenen crimina extraordinaria ihre Entschuldigung finden, so fiel doch diese mit der Aufhebung des ordo judiciorum, da die meisten Verbrechen die Natur der öffentlichen erhielten, hinweg [1]), während gleichwohl noch das neueste Recht den Satz festhielt, daß bei Privat- und außerordentlichen Verbrechen, sobald accusatio mota gewesen sei, der Proceß auch gegen die Erben fortgesetzt werden könne. Daß man die Sache nicht für rechtlich ansah, beweist auch wohl theils dies, daß man bei stillschweigenden Vermögenskonfiskationen die rechtskräftige Verurtheilung des noch lebenden Schuldigen selbst als Bedingung für den Uebergang der Vermögensstrafe auf Erbschaft ansah, theils die wenigstens einigermaßen mildernde Novelle Justinians bei den ausdrücklichen Konfiskationen, wie man denn auch als Regel bei den öffentlichen Verbrechen immerhin die aufstellte, daß der Verbrecher selbst die Verurtheilung, wenn auch nicht die rechtskräftige, erlebt haben müsse [2]). Bedenkt man nun daneben den unschicklichen Luxus, der überhaupt mit Konfiskationen getrieben wurde [3]), so muß man wohl gestehen, daß

1) Hefftter §. 192. n. 7.
2) Marezoll S. 162.
3) Derſ. S. 115.

Digitized by Google

das römische Recht in dieser ganzen Materie keine ratio scripta war. — Auch das deutsche Recht war in dieser Beziehung keineswegs so rein, als man wohl behauptet hat [1]), da die Volksrechte gleichfalls Vermögenskonfiskationen, ausdrückliche und stillschweigende, in bedeutendem Umfange kennen [2]) „ohne daß die deutschen Könige hierin von den Römern gelernt hätten.“ Wenn gleich die Rechtsspiegel [3]) von stillschweigenden Konfiskationen nichts wissen, so zeigen doch die Vorschriften der P.G.O. darauf hin, daß mit gesetzlosen Maßregeln der Art ein arger Mißbrauch getrieben worden seyn muß [4]). Zwar scheint es, daß man gleichwohl wenigstens darin beim Recht blieb, daß man die Verurtheilung des Schuldigen bei seinen Lebzeiten als Bedingung der Erequirung forderte, wie denn auch jedenfalls die P.G.O. in Uebereinstimmung mit der italienischen Doktrin und Praxis die stillschweigenden Konfiskationen verpönt [5]). Dagegen hielt sich das deutsche Recht von wirklichen Strafvollstreckungen gegen Verstorbene keineswegs frei, indem nicht nur Gesetze die damnatio memoriæ und die Versagung des ehrlichen Begräbnisses als Strafe androhten, sondern überdies Doktrin und Praxis sogar Exekutionen am Leichname des Verbrechers für gerechtfertigt hielten, theilweise sogar ohne bei Lebzeiten erfolgte Verurtheilung [6]). Auch war es wenigstens inkonsequent, wenn die P.G.O. die Bestimmung des römischen Rechts über die Publika-

1) Wächter I. S. 182 unten. Heffter §. 137. n. 2.
2) Wilda, a. a. O. u. S. 519—522.
3) Sachs. Sp. II. 31. Schwab. Sp. c. 296.
4) Marezoll, S. 115.
5) Heffter, §. 137. n. 3. 4.
6) Heffter §. 169. n. 1. 2. §. 192. n. 10. 11. Kämmerer Beiträge ꝛc. n. 5.

Digitized by

tion der Güter des sich selbst entleibenden Kriminal-angeklagten, obgleich sie sich nur auf stillschweigende Konfiskationen bezog, dennoch beibehielt [1]). — Mit Recht hat die neuere Gesetzgebung in dieser ganzen Materie geneuert. Nicht nur ist die Vermögenskonfiskation überhaupt durch die neueren Verfassungsurkunden und Strafgesetzgebungen meist ganz aufgehoben [2]), sondern es ist auch in Doktrin und Legislation allgemein anerkannt, daß der Tod die Strafbarkeit tilge, und daß nur rechtskräftig bereits erkannte Vermögensstrafen auf dem Vermögen des versterbenden Schuldigen haften [3]). Wenn Abegg sagt, es verstehe sich, daß das Andenken des Verbrechers nicht das eines Unbescholtenen sei, und daß der hiefür sonst eintretende Schutz nicht gewährt werden könne, so ist dies ganz in der Ordnung, aber es läßt sich nicht vertheidigen, wenn Heffter [4]), der in der Note die damnatio memoriæ und die Versagung des Begräbnisses nennt, offenbar viel weiter geht und andeutet, daß das Gesetz derlei auch zu abschreckender Drohung benützen könne, gleichwie es auch nicht zu billigen ist, wenn er die Exekution im Bildnisse wenigstens zu vertheidigen sucht [5]). Uebrigens haben auch neuere Gesetzgebungen hier noch theilweise Reste verjährten Unrechts zu tilgen, wie denn z. B. das zuvor angef. Wirt. Gesetz denn doch noch Ausnahmen zuläßt [6]); — wogegen es etwas ganz Andres ist, wenn behufs der Eruirung anderweitiger Ansprüche, z. B. in Be-

1) Marezoll bürg. Ehre S. 330 ff.
2) Wächter I. §. 103. n. 41 a. E. Heffter, §. 139. n. 3.
3) Heffter §. 192 a. E. Marezoll. S. 161—163. Abegg §. 175. Wirt. Ges. über die privatrechtl. Folgen. Art. 7.
4) §. 191. zu not. 5. vgl. Abegg S. 258.
5) §. 169. n. 2.
6) Wächter Erläuterungen zu diesem Gesetz S. 41. not. 88 a.

Digitized by Google

ziehung auf die Haftung für die Unterſuchungskoſten oder in Beziehung auf die Penſionsanſprüche der Hinterlaſſenen und dgl. die Fortſetzung der Unterſuchung auch nach dem Tode des Angeſchuldigten angeordnet wird [1]). Mit den Vermögenskonfiskationen ſelbſt iſt dann übrigens namentlich auch die Strafvollſtreckung gegen den Kriminalangeklagten, der ſich ſelbſt entleibt, hinweggefallen.

Eine beſondere Heraushebung verdient indeſſen hier noch der Selbſtmord überhaupt [2]). Von demſelben wurde oben (§. 182) gezeigt, daß er ein Unrecht, jedoch ein geringeres Unrecht, als die Tödtung eines Dritten, und weſentlich auf derſelben Stufe mit der Tödtung eines Einwilligenden ſtehe. Es fragt ſich nun aber gleichwohl, ob dieſes Unrecht ſtrafbar ſei? Nach vorſtehendem Paragraphen muß dieſe Frage für den Urheber des vollendeten Selbſtmords verneint werden. Denn, wenn gleich in dieſem Falle der Tod durch den eigenen Willen des Individuums eintritt, ſo iſt der Erfolg doch immer der, daß es forthin an einem Gegenſtande der Strafe fehlt. Die That führt ihre Strafe mit ſich ſelbſt. Dies iſt von Feuerbach [3]), ſo wenig auch der Grund, warum er den Selbſtmord für ein Unrecht erklärt, gebilligt werden kann, richtig ausgeſprochen worden; und nur dieſe Anſicht hält die richtige Mitte zwiſchen denjenigen, welche den Selbſtmord abſtrakt für ſtrafbar [4]), und denjenigen, welche ihn abſtrakt für ſtraflos erklären. Es ergeben ſich aber daraus als praktiſche Konſequenzen:

1) Hufnagel I. S. 284 in der Note.
2) Vgl. Wächter N. Arch. X. S. 72 ff. 216 ff. 634 ff. Falk ebend. XI. S. 143 ff. Trummer Beiträge ꝛc. S. 290. Abegg Unterſ. S. 73 ff. Heffter §. 225—228. Marezoll S. 279. 280.
3) Lb. §. 241. vgl. Marezoll S. 279.
4) Man ſollte das Eſelsbegräbniß endlich der Geſchichte überlaſſen!

Digitized by

a) daß beim vollendeten Selbſtmord nichts darauf ankommen kann, ob der Thäter eines andern Verbrechens angeſchuldigt war oder nicht. Denn, wenn einmal anerkannt iſt, daß überhaupt eine Strafe nicht gedacht werden kann, wo es an dem endlichen Willen fehlt, an dem ſie zu ſetzen wäre, ſo kann man auch nicht mit dem römiſchen Rechte die Selbſtentleibung des Kriminalangeklagten als eine in fraudem legis geſchehene Handlung betrachten und der darin ausgeſprochenen conscientia criminis halber die Strafe wegen dieſes Verbrechens verhängen; b) daß die Strafloſigkeit des vollendeten Selbſtmords in Beziehung auf den Urheber weder die Strafloſigkeit des Gehilfen, noch die des Verſuchs mit ſich führt. Was die Beihilfe zum Selbſtmorde betrifft, ſo wird ſie nicht ſelten (ſo auch von den Mot. zum Wirt. Gb. [1]) mit der Tödtung eines Einwilligenden verwechſelt [2]). Ganz inkonſequent iſt es, wenn das Wirt. Gb. die Tödtung eines Einwilligenden beſtraft, dagegen die Beihilfe zum Selbſtmorde gänzlich ſtraflos läßt, und es iſt dies praktiſch um ſo bedenklicher, da nicht nur Beihilfe, ſondern auch Anſtiftung dem Selbſtmord vorkommt, die nach Wirt. Recht gleichfalls ſtraflos gelaſſen werden muß [3]). Mit Recht bezeichnet Hufnagel dies als Fehler, der im braunſchweig. Gb. (Art. 138), ſo wie im badiſchen und preuß. Entw. vermieden iſt. — Der Verſuch des Selbſtmords läßt Strafe ganz wohl zu, daher in dieſer Hinſicht die vielhundertjährige deutſche Praxis [4]), die ſich hier auch auf

1) Hufnagel II. S. 30.

2) Mittermaier zu Feuerbach §. 35 u. not. 2 zu §. 243.

3) Hufnagel II. S. 20—22. III. S. 287. 288. vgl. Kitka Zuſammentreffen ꝛc. S. 91 Note. Hitzig Annal. IV. S. 162 ff. Hier wurde mit Recht eine kulpoſe Anſtiftung nicht angenommen.

4) Heffter §. 226. 227.

das römische Recht berufen konnte, an sich keinen Vorwurf verdient. Indessen ist anzuerkennen, daß hier wieder einer der Fälle vorliegt, wo das strenge Recht in der Regel in Konflikt mit der Eigenthümlichkeit des Falls kommt, da derartige Versuche meist ihren Ursprung in einer krankhaften Seelenstimmung haben werden [1]); und aus diesem Grunde wird hier wiederum eine Delegation des Begnadigungsrechts am Platze seyn, sowie man denn auch gestehen muß, daß die von der Praxis angewendeten Strafen sehr unpassend waren [2]).

Abgesehen von den Dissentienten hinsichtlich des Selbstmords, sind nun übrigens mit dem Grundsatze, daß der Tod die Strafbarkeit tilge, im Wesentlichen alle neueren Kriminalisten einverstanden. Nur ist es eine oberflächliche Betrachtungsweise, wenn der Tod fast allgemein nur eben unter den „faktischen Hindernissen" der Bestrafung aufgeführt und wohl gar mit Flucht oder Krankheit des Verbrechers zusammengestellt wird [3]). Denn abgesehen davon, daß letztere Umstände nur Strafaufschubsgründe sind, da selbst geistige Krankheit nie für schlechthin unheilbar angesehen werden darf [4]), so ist es, wie gezeigt, ein tieferes Moment, was in dem fraglichen Grundsatze zur Erscheinung kommt.

2) Als Gründe der Aufhebung der Strafbarkeit werden häufig noch weiter angeführt der Verzicht auf die Klage, die völlige Freisprechung, und die Verbüßung der verwirkten Strafe. a) Nachdem in der neueren Doktrin und Gesetzgebung die Ansicht durchge-

---

1) Heffter §. 227. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 243.
2) Wächter a. a. O. S. 646. n. 151. S. 652; s. dagegen auch Preuß. L.R. 803 f. Oestr. Gb. üb. schw. Polizeiübertr. §. 90 f.
3) S. z. B. Wächter I. §. 127.
4) Abegg §. 176. Marezoll S. 158 oben.

Digitized by Google

drungen ist [1]) daß mit dem Geiste des modernen Strafrechts die römischen Privatstrafen nicht mehr verträglich seien, weil theils der verletzte Private nur vollen Schadensersatz anzusprechen habe, theils der Verbrecher nur gegenüber dem Staate straffällig werde, so war es jedenfalls inkonsequent, wenn neuere Gesetzgebungen, wie die sächsische und die wirtembergische, gleichwohl dem Verletzten eine Einwirkung auf die Strafe einräumten (um so mehr, wenn sie denn doch eine Reihe von Privatstrafen als solche, und besonders die actio injur. aestimat. beibehielten) [2]). Indessen darf der Satz nicht mit Wächter umgekehrt und daraus, daß etwa Privatstrafen in gewissem Umfange noch für zulässig gehalten würden, geschlossen werden, daß man dann auch die Bestrafung gewisser Verbrechen überhaupt von dem Willen des Verletzten abhängig machen müsse. Denn darin hat ohne Zweifel Wissenschaft und Gesetzgebung unserer Zeit vollkommen Recht, daß sie den Begriff des Privatdelikts, aus welchem das Letztere folgt [3]), gänzlich aufgegeben haben. Sobald anerkannt ist, daß das Verbrechen wesentlich nicht Läsion eines Einzelnen, sondern Verletzung des Rechts als solchen ist, das der Staat als Organismus der Rechtsidee zu vertreten hat [4]), so kann auch von einer Aufhebung der Nothwendigkeit der Strafe durch den Verzicht des Verletzten nicht mehr die Rede seyn. Damit ist nun keineswegs gesagt, daß, „was Form und Natur des Strafmittels betrifft, die Strafe

1) S. die Mot. z. d. Wirt. Ges. üb. d. privatr. Folgen. Art. 4.
2) Wächter Erläuterungen zu dem ang. Gesetze. S. 41—48.
3) S. Hefftter §. 195.
4) Es genügt nicht mit Wächter zu sagen: zunächst solle der Staat strafen, — und im Interesse der Gesammtheit werde gestraft.

Digitized by Google

nothwendig und stets unmittelbar an den Staat abzutragen sei"; vielmehr lassen sich allerdings sehr viele der Privatstrafen des gemeinen Rechts, zwar nicht allein, aber doch neben öffentlichen Strafen, ihrem Inhalte nach wohl rechtfertigen, wenn auch keineswegs aus sämmtlichen von Wächter angef. Gründen [1]). Allein offenbar dürfte die moderne Gesetzgebung die gedachten Nachtheile eben nicht unter den Begriff der Strafe, sondern sie müßte sie unter den des Schadensersatzes stellen, wie denn auch Wächter in ihnen das „geeignetste Mittel, dem Verletzten eine Genugthuung zu verschaffen", findet. Müßte nun allerdings ein Verzicht des Verletzten auf diese Genugthuung durchaus zugelassen werden, so würde gleichwohl daraus nicht folgen, daß auch die Strafe des betreffenden Delikts von dem Willen des Verletzten abhängig gemacht werden müßte. In der That sind denn auch die nur auf Klage zu bestrafenden Delikte der neueren Gesetzgebungen sonderbare Zwitterdinge, und wenigstens im Wirtemb. Rechte straft sich der hier der sog. Kriminalpolitik über das Recht eingeräumte Vorzug, wie zu erwarten war, durch eine Reihe von Inkonvenienzen und Kontroversen — (besonders in Beziehung auf den Art. 136) [2]). — Wenn mithin der Verzicht des Verletzten auf die Klage als Strafaufhebungsgrund nicht anerkannt werden kann, so muß dies allerdings b) mit der Freisprechung und c) mit der Verbüßung der verwirkten Strafe geschehen. Allein es ist klar, daß diese Gründe im Systeme keine eigene Stelle für sich ansprechen können, da ja das ganze Strafrecht überhaupt dies zu seinem Inhalte hat, daß das Ver-

1) Besonders nicht aus dem ersten. S. 42 unten.
2) Hufnagel Anmerkungen zum Straf-Gb. S. 130—138.

Digitized by Google

brechen durch die Strafe wieder aufgehoben werde, nach geschehener Wiederaufhebung aber kein Gegenstand der Strafbarkeit übrig bleibt. Von der Freisprechung insbesondre bemerkt Abegg [1]) richtig, daß dadurch nicht sowohl eine verwirkte Strafe aufgehoben, als vielmehr erklärt werde, es sei keine verwirkt, eben damit ist aber gesagt, daß sie nicht hierher gehört. Muß eine solche Erklärung nochmals wegen Nichtigkeit wieder aufgehoben werden, so ist es dann ebensogut, als ob sie nie erfolgt wäre, und es fordert das Verbrechen sofort seine normale Wiederaufhebung durch die Strafe. Bei beiden Ausschließungsgründen wird insbesondre noch die Frage aufgeworfen, ob ein Staat die in einem andern Staate erfolgte Verfügung anzuerkennen habe? Nach den oben (§. 192) aufgestellten Grundsätzen könnte diese Frage nur bei einem Ausländer praktisch werden, der im Inland delinquirt und dafür im Auslande Bestrafung erlitten hätte. Denn den Inländer, der im Auslande frevelt, hat das Inland nur im Namen des auswärtigen Staats zu strafen, woraus von selbst folgt, daß von einem strafrechtlichen Einschreiten im Inlande nicht mehr die Rede seyn kann, wenn ein solches schon im Auslande erfolgt ist. Im erstgedachten Falle aber muß ohne Zweifel der strafberechtigte Staat das ausländische Erkenntniß, sobald es nur auf gesetzmäßigem Wege ergangen ist, anerkennen, da der Umstand, daß ein andrer Staat in sein Recht eingegriffen hat, ihn in keinem Falle berechtigen kann, gegen den Verbrecher eine empörende Ungerechtigkeit zu begehen [2]). Und zwar bleibt dieser Grund auch dann in Kraft, wenn der

1) Lb. §. 415 Anm.

2) Abegg a. a. O. Marezoll S. 158. not. 6. vgl. Abegg N. Arch. 1834. S. 145. ff. 424 ff.

Digitized by Google

Verbrecher nach der Anſicht des ſtrafberechtigten Staats mit Unrecht freigeſprochen oder zu gelind beſtraft worden iſt (weil etwa das ausländiſche Geſetz die fragliche Handlung für erlaubt oder minder ſtrafbar hält, abſolut oder relativ). Daher kann auch die Anſicht von Hefſter [1]) nicht gebilligt werden, der dem ſtrafberechtigten Staate nur die Verbindlichkeit auferlegen will, die bereits auswärts vollzogene Strafe an der inländiſchen in Abzug zu bringen. Wird nämlich einmal ſo viel anerkannt, ſo iſt es inkonſequent, nicht weiter zu gehen, da es doch wohl des Staates würdiger iſt, die ausländiſche Strafe, wenn er ſie überhaupt beachtet, in ihrem abſoluten Weſen, als in ihrer zufälligen Beziehung auf ſein Geſetz aufzufaſſen [2]). Uebrigens gehört das Nähere hierüber in den Strafproceß.

§. 217.

2) In der Verjährung, ſofern die unendliche Macht der Zeit theils das Andenken der That oder wenigſtens ihre verletzende Qualität aus dem allgemeinen Rechtsbewußtſein tilgen, theils die ſubjektive Tilgung des Verbrechens im Innern des Verbrechers mit ſich führen kann, hiedurch aber der Zweck der Strafe, der eben die objektive Genugthuung für das im Geſetze ausgeſprochene allgemeine Rechtsbewußtſein und mittelbar die ſubjektive Wiederaufhebung des Verbrechens im Innern des Verbrechers umfaßt, ſich aufhebt. — Aus den Gründen der Verjährung folgt aber zugleich die Nothwendigkeit ihrer Unterbrechung theils durch ſolche Handlungen des Staats, welche zeigen, daß die Verletzung aus dem allgemeinen Rechtsbewußtſein noch nicht entſchwunden iſt, theils durch ſolche Handlungen des Subjekts, welche

1) Lb. §. 181. n. 2.

2) Ueber die richtigen Grundſätze des wirt. Rechts, ſ. Hufnagel II. R. 883. III. S. 34.

zeigen, daß sein Wille beharrlich dem Rechte widerstrebt, also durch gerichtliche Schritte gegen den Thäter und durch neue Verbrechen desselben. Da jedoch nach einer solchen Unterbrechung die Gründe, welche die Verjährung rechtfertigen, von Neuem wirksam werden (auch der subjektive, weil selbst der beharrlichste verbrecherische Wille sich bessern kann), so muß auch, wenn die Unterbrechung erfolglos geblieben ist, die Verjährung von Neuem beginnen. — Die Gründe der Verjährung sind ferner bei keinem Verbrechen ausgeschlossen, und deren verschiedene Größe verlangt nur verschieden bestimmte Zeiträume der Verjährung. Endlich ist es die Macht des (objektiven und subjektiven) Geistes, alle seine Negationen wieder aufzuheben; daher müssen durch die Verjährung alle kriminellen Folgen des Verbrechens getilgt werden [1]).

Anm. — Es ist zwar nicht richtig, wenn hie und da behauptet wird [2]), daß das Institut der Verjährung von allen Kriminalisten (wenn auch nur allen neueren) als ein nothwendiges anerkannt sei. Denn nicht nur giebt es solche, welche ihm bloß eine positiv-rechtliche Nothwendigkeit beilegen [3]), sondern auch solche, die es geradezu für absolut- oder doch relativ-verwerflich [4]) erklären. Aber auch die, welche es billigen, begnügen sich meist, politische Gründe dafür anzuführen [5]), oder erkennen zwar den objektiven, nicht aber auch den subjektiven Grund an [6]), die meisten endlich sprechen nur von der Verjährung der Untersuchung, nicht auch von

1) Wirth, Ethik II. S. 336—338.
2) Z. B. von Gönner in seiner Schrift gegen Oersted.
3) Z. B. Feuerbach §. 64.
4) S. die bei Mittermaier n. 2 zu Feuerb. §. 64 Angef., bes. Oersted, Bentham, Carmignani.
5) Thomasius, Böhmer u. A.
6) S. jedoch Koch, princ. j. cr. §. 972. Stelzer, Kriminalrecht §. 243.

der Strafverjährung [1]). Dagegen zeigt sich in den Gesetzgebungen das Bewußtsein der nothwendigen Forderungen des Begriffs weit entschiedener. Einmal ist das Institut der Untersuchungsverjährung dem römischen, wie dem gemeinen deutschen Rechte, unzweifelhaft eigen, wenn man auch auf die im älteren germanischen Rechte vorkommenden Spuren weniger Gewicht legen will [2]). Denn jedenfalls war es schon von den älteren italienischen und deutschen Schriftstellern durchaus anerkannt [3]), wenn gleich über die Gründe, welche dem positiven Rechte hiebei zu Grunde gelegen haben, Streit ist [4]). Sodann ist es von allen neueren Legislationen (die englische ausgenommen) anerkannt worden [5]); und zwar haben mehrere dieser neuen Gesetzgebungen mit Entschiedenheit nicht allein den objektiven, sondern auch den subjektiven Grund der Verjährung aufgenommen, wie namentlich das preuß. LR., das östr. und bairische, das sächs. und wirtemb. Gb. Endlich haben mehrere neueren Gesetzgebungen, wie namentlich wieder die wirtemb. und sächs. (s. auch den bad. Entw.) mit dem franz. Code auch die Strafverjährung anerkannt. — Die Einwendungen der besonneneren Gegner sind auch in der That nicht stichhaltig. So sagt z. B. Oersted [6]); a) gegen den objektiven Grund: durch die, wenn auch spät eintretende, Bestra-

---

1) Vgl. noch besonders Unterholzner, Verjährung II. §. 304 ff. Trummer krim. Beitr. III. 2. S. 237 ff. *Mangin*, Traité de l'action publ. en mat. crim. II. S. 101 ff.

2) N. Arch. X. S. 714. XIV. S. 191. not.

3) Heffter, §. 186. n. 2. Marezoll S. 164.

4) Wächter I. S. 265. 266.

5) Mittermaier, n. 3. 4 zu Feuerbach. §. 64.

6) Grundregeln ꝛc. S. 471 ff. Vgl. Abh. II. S. 255—259. III. S. 293 ff.

fung werde die Wirksamkeit der Strafgesetze befördert, während sie durch die mittelst des Verjährungsinstituts zugesicherte Strafloſigkeit in ihrer abschreckenden Kraft beeinträchtigt werden. Ueberdies sei es nicht richtig, daß durch die Zeit jedes Mal das Andenken an das Verbrechen ausgelöscht werde, um so mehr, da durch die endliche Entdeckung des Thäters die Erinnerung neues Leben erhalten könne. Allein es ist klar, daß das erstere Argument mit der Abschreckungstheorie, aus welcher es genommen ist, dahin fällt. Das letztere aber dürfte gerade derjenigen konstanten Ansicht widersprechen, aus welcher man bisher am allgemeisten die Verjährung rechtfertigen zu können geglaubt hat [1]). In der That handelt es sich aber theils nicht sowohl von dem empirischen Erinnern an die That, als davon, daß die Macht der Zeit ihre den allgemeinen Rechtsgeist verletzende Qualität im öffentlichen Bewußtsein allmälig austilgt, daß „nach Ablauf einer langen Zeit die That dem allgemeinen Rechtsbewußtsein als ein Fremdes, in welchem der allgemeine Geist nicht mehr sich verletzt fühlt, gegenübersteht," theils ist nicht davon die Rede, daß in jedem konkreten Falle diese Wirkung in 20 Jahren eintreten müsse, sondern nur, daß sie gewöhnlich in einem bestimmten Zeitraum eintrete und allerdings, unter den Bedingungen des endlichen Lebens, irgend einmal auch eintreten müsse. Ist aber dies der Fall, so kann es sich weiter nur davon handeln, daß die Gesetzgebung, die hier, wie überall, ein durchschnittliches Maß annehmen muß, die Verjährungsfrist richtig zu bestimmen sich bemühen soll, wofür es nun freilich kein absolutes Maß giebt, wohl aber eine Reihe von Anhaltspunkten zu Gebot stehen. Dagegen

1) Vgl. Hufnagel I. S. 291.

Digitized by Google

muß die Einwendung Oersteds gegen den häufig vorgebrachten Grund, daß durch den Zeitablauf der Beweis, insbesondere der Entschuldigungsbeweis erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht werde, als triftig anerkannt werden. Denn gewiß hat er Recht, wenn er sagt, für Verbrechen, deren Beweis nicht mehr möglich sei, bedürfe es keiner Verjährung, und die Behauptung selbst sei in ihrer Allgemeinheit unwahr. Eben daher ist es auch sehr unbesonnen, wenn viele Kriminalisten gerade nur auf diesen lockern Grund das Institut der Untersuchungsverjährung bauen, und etwa gar noch von demselben aus gegen die wahren Gründe derselben oder gegen das Institut der Strafverjährung polemisiren! b) gegen den subjektiven Grund der Verjährung führt Oersted an: so wenig wegen früheren guten Lebenswandels oder sonstiger moralischen Entschuldigungen die Strafe wegfalle, ebenso wenig könne der spätere gute Wandel die Strafschuld austilgen. Dieser Schluß ist aber verfehlt; denn, wenn allerdings der erste Theil der Behauptung ganz richtig ist, weil der frühere gute Lebenswandel an dem vor Augen liegenden Verbrechen und seiner Schuld nichts mindern kann, so folgt daraus doch nicht, daß der Verbrecher nach begangenem Verbrechen sich nicht bessern und nach Ablauf längerer Zeit, wie die Wirt. Motive sagen, als ein völlig umgewandelter Mensch dastehen könne. Wenn nun die Frage ist, ob ein solcher noch gestraft werden solle, so ist die Meinung bei der Verneinung der Frage nicht die, daß derselbe wegen seines Wohlverhaltens belohnt, daß das rechtliche Moment dem moralischen zum Opfer gebracht werden solle; sondern nur die, daß der eine Zweck der Strafe in diesem Falle nicht mehr vorhanden, daß er durch die unendliche Macht der Zeit, der alles Endliche unterliegt,

Digitized by

bereits erfüllt worden sei, daher nicht jetzt noch erfüllt zu werden brauche, wobei noch wohl zu beachten ist, daß, wie dieser subjektive Zweck der Strafe nicht ihr einziger oder überwiegender ist, so auch dieser subjektive Grund der Verjährung nicht als ihr einziger oder überwiegender geltend gemacht wird. Wenn Oersted ferner auf das Problematische des Beweises der Besserung aufmerksam macht, so hat er allerdings Recht, wenn er damit die moralische Besserung meint; allein von dieser ist ja, und kann vor dem Forum des Staats keine Rede seyn, dem es vielmehr an der Legalität genügen und der eine nicht offenbar gewordene Illegalität als Legalität hinnehmen muß. Mit Recht tadelt Oersted die noch vom bair. Gb. gemachte positive Forderung einer guten Aufführung, welcher neuere Gesetzbücher den richtigen negativen Ausdruck substituirt haben. Ebenso ist beizustimmen, wenn er es absurd findet, daß schon ein ganz geringes Vergehen die Verjährung unterbrechen soll [1]); allein auch hierin haben neuere Gesetzgebungen die Fehler der älteren theilweise verbessert. Dagegen ist die Behauptung, daß es Verbrechen von solcher Intensität gebe, daß ein späterer untadelhafter Wandel keinen Gegenbeweis gegen die verdorbene Gesinnung des Thäters geben könne, willkührlich und sich selbst widersprechend. Wenn endlich Oersted die Behauptung ansicht, daß es im Interesse des Staats liege, durch die Aussicht auf Verjährung die Rückkehr zur Ordnung zu erleichtern, so kann ihm dieser politische Grund preisgegeben werden, weil es sich bei der ganzen Frage nur um das Recht, nicht um die Zweckmäßigkeit handelt. Wenn er aber dem ebengedachten Interesse das der Abschreckung entgegen-

1) Uebrigens hat man gerade die Vermeidung dieser Absurdität dem wirt. Gesetzbuch zum Fehler angerechnet.

Digitized by Google

ſetzt, ſo fällt er in denſelben Fehler und zeigt nur, daß er den Kern der Frage über ihren Aeußerlichkeiten vergißt. — Ganz unzuläſſig iſt es aber, wenn von andrer Seite gegen die neuen Geſetzgebungen in der Richtung polemiſirt wird, daß man die Unterſuchungsverjährung des gemeinen Rechts, aus irgend welchen ſeichten Gründen, für gerechtfertigt annimmt, und nun gerade den Fortſchritt, deſſen die moderne Legislation ſich zu rühmen hat, ihr zum Vorwurf macht. Es liegt darin die Unfähigkeit, die Idee des Rechts von ihrer rechtsgeſchichtlich=geſtempelten Erſcheinungsform zu unterſcheiden, wenn nicht gar der doktrinelle Neid darüber, daß die Legislation hellere Augen hat, als die Schulgelehrſamkeit. Es ſtünde aber ſchlimm mit dem Inſtitute der Verjährung im Strafrechte, wenn es weiter keinen Grund hätte, als das Beſtreben, die Staatsbürger gegen chikanöſe Proceſſe zu ſichern. Wenn dann insbeſondere geſagt wird, eine verſpätete Juſtiz werde ſtets einen übeln Eindruck machen, das Publikum werde murren, wenn es Jemanden für längſt vergeſſene Jugendſünden darum noch büßen ſehe, weil er in der Zwiſchenzeit eine ſiebenmonatliche Gefängnißſtrafe zu erſtehen gehabt habe, — ſo iſt es doch höchſt ſonderbar, die Sache ſo anzuſehen, als würde der Verbrecher im fraglichen Falle nur wegen des neuen Vergehens zum Märtyrer, und als wäre das Begehen neuer Verbrechen eben nur eine Art von Fatalismus, in den man gewiſſermaßen ohne Schuld verfallen könne, ganz abgeſehen davon, daß das gemeine Recht, das als Muſter vorgehalten wird, ſogar unverjährbare Verbrechen kennt[1]), und daß ja auch das gemeine Recht eine Unterbrechung der Verjährung ſtatuirt,

---

[1]) S. **Mittermaier**, not. 1 zu Feuerbach §. 65.

Digitized by Google

die ganz dieselben Folgen nach sich ziehen kann [1]). Auch verräth es wenig Konsequenz, hier der neuen Gesetzgebung Mangel an Humanität vorzuwerfen, und andrerseits wieder den höchst humanen Milderungsgrund wegen theilweisen Ablaufs der Verjährungszeit [2]) zu bemäkeln. Wenn ferner gesagt wird, solche Begriffe von Besserung, wie sie die fraglichen Gesetze involviren, müssen nothwendig das Volk verwirren, so ist dies eine gewiß ungegründete Furcht, da theils zur Einsicht des Unterschieds zwischen moralischer und juridischer Besserung kein Uebermaß von Scharfsinn gehört, theils dem gesunden Sinne des Volks die tiefe Wahrheit, die in der fraglichen Bestimmung der neuen Gesetzgebungen enthalten ist, ohne Zweifel viel näher liegt, als deren Kritiker [3]). Das einzige, was man in diesem Punkte aussetzen kann, ist dies, daß die neueren Gesetzgebungen schon durch minder bedeutende Vergehen die Verjährung unterbrechen lassen und daß, wenn sie hievon denn doch die bloßen Polizeivergehen ausschließen, der Uebelstand der hergebrachten begrifflosen Unterscheidung zwischen gerichtlichen und Polizeivergehen sich fühlbar macht [4]). — Mit vollem Rechte haben das sächs. und wirtemb. Gb. auch die Strafverjährung aufgenommen, indem die wirtemb. Motive ganz richtig sagen: auch hier treffen die beiden Gründe zu, daß das Andenken an das Verbrechen allmählig verschwinde und der ehemalige Verbrecher sich im Verlaufe der Zeit als ein ganz veränderter Mensch darstellen könne; wobei sie noch mit Recht darauf hinweisen, daß ja auch die Untersuchungs-

1) S. Heffter, §. 189. n. 9.
2) Wirt. Gb. Art. 113. Vgl. Mot. zum bad. Entw. S. 87.
3) Hepp, Komm. I. S. 935. 936.
4) Vgl. Oersted, Abh. III. n. 293 ff.

Digitized by Google

verjährung nach bereits gefälltem Erkenntniß laufe, falls daſſelbe nicht eröffnet werden kann, welcher Fall von dem der Strafverjährung gewiß ſehr unbedeutend differirt.

Die Frage, von welchem Zeitpunkte die Verjährung beginne, bietet bei einigen Verbrechen Schwierigkeiten dar, die beſſer im beſondern Theile erörtert werden [1]). Ebenſo kann hier die Frage, wie die Verjährungszeit zu berechnen ſei, übergangen werden [2]); daß ſie jedenfalls als tempus continuum zu nehmen ſei, geht aus den oben angenommenen Gründen der Verjährung hervor, für die es gleichgültig iſt, ob es dem Gerichte in der Zwiſchenzeit möglich war, ſeine Strafgewalt auszuüben, oder nicht [3]). Gleicherweiſe entſcheidet ſich aus dem Principe von ſelbſt die Frage über die Unterbrechung der Verjährung und den nachherigen Wiederbeginn derſelben, welche im gemeinen deutſchen Rechte ſo ſehr beſtritten iſt [4]).

Was endlich die Wirkung der Verjährung betrifft, ſo iſt von der Unterſuchungsverjährung allgemein angenommen [5]), daß ſie alle ſtrafrechtlichen Folgen des Verbrechens tilge, wobei nur darüber geſtritten wird, ob ein verjährtes Verbrechen bei ſpäterem Rückfall als Schärfungs- oder wenigſtens als Straferhöhungsgrund zu berückſichtigen ſei [6]). Zweifelhafter iſt die Sache bei der Strafverjährung, indem man hier die Frage auf-

1) S. Bauer, Lb. §. 134. not. a. Mangin a. a. O. II. S. 161 ff. Hufnagel I. S. 300. 301. III. S. 648.

2) Wächter I. §. 126. n. 12. Heffter, §. 189.

3) Vgl. übrigens wirt. Gb. Art. 130. n. 3 und Abegg, Krit. des preuß. Entw. S. 222.

4) Wächter I. §. 126. n. 13. Mittermaier, n. 1 u. 3 zu Feuerbach §. 67.

5) Abegg §. 174. Heffter §. 190.

6) Mit Unterholzner II. S. 467 verneint dies das wirt. Gb. Art. 126 und die wirt. Praxis. Hufnagel II. S. 524. 534.

Digitized by

werfen kann, ob auch die nachtheiligen Folgen der Strafe für die Ehre durch die Verjährung getilgt werden sollen, während dieselben bei wirklicher Erstehung der Strafe dauernd an dem Schuldigen haften? Das wirt. Gb. Art. 129 verneint die Frage [1]), während der Entwurf sie bejahte. Es scheint aber der Entwurf hier den Vorzug zu verdienen, da die Vergleichung des Falls der Verjährung mit dem der Erstehung der Strafe überhaupt unzulässig, und die gegentheilige Bestimmung ein Widerspruch in sich selbst ist. Nur freilich sollte auch nach erstandener Strafe unter der Bedingung des Wohlverhaltens binnen einer bestimmten Frist eine restitutio famae gestattet seyn [2]).

III. Begnadigung.

§. 218.

Die §. 215 aufgewiesene Endlichkeit der gesetzgebenden und der richterlichen Gewalt setzt die Nothwendigkeit einer dritten, sie zur Einheit vermittelnden Gewalt, deren Bestimmung es ist, eben in den Fällen, wo jene Endlichkeit hervortritt, in's Mittel zu treten und die der Eigenthümlichkeit des Falls unangemessene Strafe des Gesetzes, von welcher die richterliche Gewalt nicht abweichen darf, aufzuheben oder zu mildern. Dieser Akt, die Begnadigung, zeigt sich wirklich als die wahre Vermittlung der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt, sofern sie einerseits, in der Anwendung des Gesetzes auf einen einzelnen Fall, eine vollziehende, andrerseits,

---

1) Verh. der wirt. Abg.-Kammer. Sitzung 23. S. 55—60. Oersted Abh. III. S. 307—309.

2) Vgl. die angef. Verh. Sitz. 11. S. 23—50, u. meinen Bericht darüber Hall. Jahrb. 1838. nr. 90.

Digitized by Google

in der Aufhebung oder Aenderung des Geſetzes, zugleich eine ſelbſt geſetzgebende Thätigkeit iſt. Eben darin, daß dieſe Einheit der Funktionen der geſetzgebenden und vollziehenden Gewalt in der Begnadigung liegt, beruht nun die Nothwendigkeit, daß das Recht dazu nur derjenigen Staatsgewalt zuſtehen kann, der es gerade zukömmt, die vermittelnde Einheit aller beſondern Staatsgewalten darzuſtellen, d. h. dem Staatsoberhaupte. — Zugleich vollzieht ſich aber in der Begnadigung eine weitere Vermittlung: die der beiden bisher erörterten Wiederaufhebungsweiſen des Verbrechens, ſofern in ihr, wie im Tode des Verbrechers und in der Verjährung, die Macht des Unendlichen hervortritt, aber nicht, wie dort, als ein objektiver Akt, ſondern, wie in der Strafe, als ein durch das Medium der Subjektivität, nämlich durch das Staatsoberhaupt, als das Subjekt des unendlichen Willens, ſich verkündender. — Eben hierin liegt die tiefe Bedeutung dieſes höchſten Vorrechts, in welchem der objektive Gang des Staatslebens die Nöthigung empfindet, ſich aus ſich ſelbſt heraus und in das Medium der ſubjektiven Sittlichkeit zurückzubewegen, damit die, in den objektiven Formen nicht zu realiſirende, wahre Gerechtigkeit aus dem Gewiſſen des höchſten Willens in unendlicher Reinheit hervorgehe. In dieſem Akte des höchſten Gewiſſens bethätigt ſich der über den objektiv ſittlichen übergreifende abſolute Wille, der in ſeiner Unendlichkeit ſelbſt reine Subjektivität iſt, weshalb die Begnadigung das höchſte, göttliche Recht des Staatsoberhaupts ausmacht. Denn ſein Gewiſſen ſchaltet hier als abſoluter Wille mit dem Recht und Wohl des Individuums; aber eben in dieſer ungeheuren Macht liegt auch ihre ungeheure Verantwortlichkeit, die an kein Geſetz gebunden ſeyn kann, da ja eben in dem Gewiſſen des Regenten die Endlichkeit des Geſetzes ihre höhere Ergänzung finden ſoll. Indem aber gerade nur dies die Aufgabe der Begnadigung iſt, ſo iſt ſie ihrem Begriffe nach

Digitized by Google

nichts, als die durch das Subjekt des unendlichen Willens sich realisirende, das Gesetz in seine Wahrheit verklärende, Idee der Gerechtigkeit selbst [1]).

Anm. — Die merkwürdige Polemik Kants (Metaph. Anfangsgründe S. 206) gegen das Begnadigungsrecht, das er nur beim Majestätsverbrechen zulassen will, erklärt sich aus seiner fehlerhaften Vorstellung vom Verbrechen als einer bloßen Läsion der Rechte einer Person [2]). Deshalb nämlich soll in Beziehung auf Verbrechen der Unterthanen gegen einander ein Nachlaß der Strafe nicht stattfinden können, weil dadurch das Recht des Verletzten auf die Strafe verletzt würde [3]). Wenn dies mit der falschen privatrechtlichen Auffassung des Strafrechts bei Kant zusammenhängt, so steht die weitere Bemerkung, — daß auch beim Majestätsverbrechen die Begnadigung nicht stattfinden dürfe, wenn durch Ungestraftheit dem Volk selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte, — mit der anderweitigen falschen Auffassung des Strafrechts als Sicherungsrechts in Verbindung, welche zwar von Kant nicht durchgeführt, aber in seiner gesammten Anschauung des Rechts und Staats überhaupt begründet ist. Andre Einwendungen [4]), die gegen das fragliche Recht gemacht worden sind, z. B. es beruhe auf der Voraussetzung, daß die Strafgesetze ihren Ursprung blos in dem Willen des Regenten, nicht in den Bedürfnissen des Volks und den Forderungen

---

1) S. Wirth Ethik II. S. 181—183. 319. Abegg L.B. §. 168. Oersted Grundregeln. S. 453—471.

2) Ebenso Bergk Uebers. des Beccaria I. S. 208. ff.

3) Vgl. dagegen Zachariä deutsches Staatsrecht. II. S. 210. 211.

4) Literatur bei Klüber Oeff. Recht, §. 378. u. Feuerbach §. 62. n. 6. Marezoll S. 167 n. 1. vgl. besonders Bayl Beitr. I. S. 122—144.

Digitized by Google

der Gerechtigkeit haben, — es benehme den Strafgesetzen ihre wohlthätige Kraft, vom Verbrechen abzuschrecken, und gebe das kostbarste Interesse der bürgerlichen Gesellschaft der Laune preis, — es führe zu Ungerechtigkeiten, indem es nicht gleichmäßig ausgeübt werde, — es schwäche die Achtung des Volks für die Rechtspflege und sein Vertrauen zu der unpartheiischen Handhabung der Gerechtigkeit ohne Ansehen der Person, — sind theils geradezu verkehrt (wie die erste und die von der Abschreckungstheorie hergenommene, der von Feuerbach [1]) umgekehrt der Satz entgegengestellt wird, daß die Begnadigung nöthig sei, um die abschreckende Autorität des Gesetzes aufrecht zu erhalten, wenn die volle Strenge des Rechts in Grausamkeit übergehen und dadurch moralischen Abscheu gegen das Gesetz oder Gleichgiltigkeit gegen dessen Strafe hervorbringen müßte, sowie er auch von dem Sicherungszwecke den weiteren, ganz treffenden, Rechtfertigungsgrund hernimmt [2]), daß das Begnadigungsrecht dazu diene, den rechtlichen Zustand gegen bringende Gefahren zu erhalten, gegen welche die Hilfe der ordentlichen Mittel mit Sicherheit nicht zu erwarten sei), theils sind sie im höchsten Grade oberflächlich, da sie nur die mißbräuchliche Anwendung, nicht das Recht selbst treffen, ja dessen Kern nicht einmal berühren [3]). Auch die neuerdings noch von Mittermaier u. A. [4]) vorgebrachten Bedenklichkeiten treffen nicht die Sache selbst, sondern nur ihren Mißbrauch, da es doch wohl keineswegs in der Idee des Begnadigungsrechts liegt, daß

1) L.B. §. 63 unter 3).
2) A. a. O. unter 2).
3) Oerstedt a. a. O. 454. 455.
4) N. 1 zu Feuerbach §. 63. Trummer Beitr. zur Phil. S. 186. Zirkler in Weiske's Rechtslex. H. V. S. 802.

Digitized by Google

es zur Möglichkeit seiner Ausübung eine an und für sich ungerechte und unvernünftige Strafgesetzgebung voraussetze[1]), und ebenso wenig die Idee des Rechts der Mißbrauch seiner ungleichmäßigen Ausübung angemessen ist. Zwar liegt nun der wahre Grund des in Rede stehenden Rechts auch nicht in den vorhin namhaft gemachten Gründen Feuerbachs; wohl aber führt dieser selbst[2]) auch den allein richtigen an, wie ihn denn auch die meisten neuern Kriminalisten anerkennen. Nur freilich genügt es nicht, wenn man sich meistens nur auf die „endliche Unvollkommenheit irdischer Gesetzgebung, deren Ideal nun einmal nicht realisirt werden könne," beruft, da vielmehr aus dem Wesen der Gesetzgebung selbst und dem Wesen ihres Verhältnisses zur richterlichen Gewalt die Nothwendigkeit der Schranke hervorgeht, woraus das Bedürfniß einer höheren, vermittelnden Gewalt entspringt. — Schon oben war mehrfach davon die Rede, daß es gewisse konstante, einen Begnadigunsakt rechtfertigende, Verhältnisse gebe, bei welchen nichts im Wege stehe, das Recht dazu im Wege der Gesetzgebung zu delegiren. Die Frage ist nur, ob dies sich eben in denjenigen Fällen billigen lasse, wo das positive Recht es vorschreibt, besonders aus den blos politischen Gründen, um die Entdeckung eines Verbrechens oder die Verhinderung weiterer Nachtheile desselben, oder den Rücktritt von der Ausführung zu erleichtern, was wohl zu verneinen ist[3]). Denn, wenn auch der freie Akt der Gnade im konkreten Fall solcher Art sich rechtfertigen

1) Vgl. Marezoll S. 168. n. 5.

2) §. 63 unter 1); vgl. Marezoll S. 168. Oersted a. a. O. Zachariä Staats-R. II. S. 209—216. Abegg a. a. O. Roßhirt Entw. §. 70—72.

3) Heffter §. 185. n. 1. vgl. Marezoll S. 168. n. 1. vgl. Oersted S. 460. 461. Wirth II. S. 183.

Digitized by Google

lassen sollte, so ist es doch gewiß, wie Oersted richtig andeutet, höchst mißlich, aus einer höchstens im Nothfalle von der Regierung zu treffenden Veranstaltung eine allgemeine gesetzliche Regel zu machen, auf welche gerade die schlechtesten Subjekte sich eine feste Rechnung machen und darauf hin, während sie Andere boshaft in's Verderben locken, für sich selbst Straflosigkeit schon von den Gerichten ertrotzen können (welches letztere Abegg [1]) ohne Grund in Abrede stellt). Dagegen gehört hierher der oben erwähnte Fall der Verbrechenskonkurrenz, und ferner das, was Mittermaier [2]) n. 2. und 4 zu Feuerbach §. 63 erwähnt. In Verbindung nämlich mit dem bei der Verjährung und ihrem subjektiven Grunde Dargestellten rechtfertigt sich eine den Zweck der Besserung befördernde gesetzliche Festsetzung, wornach ein Strafgefangener, der sich eine Zeitlang gut aufgeführt hat, die Erlassung des Rests seiner Strafzeit fordern darf, resp. das Institut der Rehabilitation der Ehre, wornach entweder nach vorgängigem Verfahren durch einen besondern Gnadenakt, oder durch das Gericht selbst nach Ablauf einer bestimmten Zeit einem zu entehrender Strafe Verurtheilten Restitution soll ertheilt werden können [3]).

§. 219.

So wenig die Ausübung der Begnadigung an eine Norm gebunden werden kann, da sie vielmehr in der unbedingten Subjektivität des Gewissens ihr Gesetz hat, so gewiß liegt es doch in ihrem Begriffe, Grenzen zu haben, deren Ueberschreitung ihre Ausübung verwerflich macht. Diese Grenzen

1) L.B. S. 251 in der Mitte.
2) Zürcher G.B. Art. 39. Luzerner G.B. Art. 100.
3) Code d'instr. Art. 619 ff. Luzerner G.B. Art. 95. vgl. v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 394.

Digitized by

können aber nur in ihrem Princip gegründet seyn, welches allein in der Gerechtigkeit liegt. Die Gnade soll das Gesetz in denjenigen Fällen ergänzen, in welchen seine Strenge dem Zwecke der Gerechtigkeit widersprechen würde. Der Zweck der Gerechtigkeit ist aber überhaupt der: das Besondere in seinem richtigen Verhältnisse zum Ganzen festzuhalten und, wenn es sich daraus losgerissen hat, wieder in dasselbe zurückzubringen, was bei Verbrechen dadurch geschieht, daß das in sich Nichtige eben in dem Maße als nichtig behandelt wird, als es sich selbst negativ gesetzt hat. Der nächstliegende Fall für die Begnadigung ist nun a) der, wenn ein solches Nichtiges vorliegt, die Gesetze aber selbst mit dem Minimum ihrer Strafe noch als zu streng dagegen erscheinen, wo es denn Sache der Gnade ist, auch dieses Minimum noch so weit zu mildern, bis das richtige Aequivalent für die konkrete Negativität des verbrecherischen Willens herauskommt. Ja, es kann der konkrete Fall solche für das allgemeine Gesetz unvorhersehbar gewesenen, mildernden Umstände mit sich führen, daß alle Strafe ungerecht erscheint. — Keineswegs führt übrigens dieses Recht auch umgekehrt zu der Annahme eines Strafschärfungsrechts des Regenten, falls die gesetzliche Strafe in ihrem Maximum als nicht genügendes Aequivalent für die konkrete Negation erschiene. Denn letzteres ist gar nicht möglich, da das Verbrechen wesentlich gesetzwidrige Handlung, die Strafe nur Genugthuung für das Gesetz ist, mithin eine über das Maximum des Gesetzes hinausgehende Negation zwar moralisch, aber nicht rechtlich möglich ist, jenes Maximum vielmehr die absolute Grenze für die objektiv-sittliche Gerechtigkeit bildet, während es mit dem Minimum der gesetzlichen Strafe sich umgekehrt verhält. Dem steht auch nicht die erwiesene Zulässigkeit gesetzlicher Strafschärfungsgründe entgegen, da diese Schärfungen eben noch innerhalb des Gesetzes liegen, mithin der Verbrecher vorher weiß, daß er in

Digitized by Google

solchem Fall ein intensiveres Verbrechen begeht und dem Gesetze stärkere Genugthuung geben muß. b) Es kann aber auch der Fall eintreten, daß die Strafe des Gesetzes nicht nur für den konkreten Fall zu hart, sondern daß ihre Vollstreckung dem höheren Zweck der organischen Erhaltung des Ganzen widersprechend wäre, — dann nämlich, wenn eine negative Krisis sich der großen Masse bemächtigt hat, deren Bestrafung nicht allein (eben wegen der Verbreitung der Gesinnung, woraus die Thaten hervorgegangen sind) relativ ungerecht seyn, sondern auch den Staat, statt ihn aus der Krisis herzustellen, in neue Gefahr bringen würde. c) Endlich kann es der Fall seyn, daß zwar die gesetzliche Strafe für die konkrete Schuld keineswegs zu streng, auch von ihrer Vollziehung keine Gefahr für das harmonische Leben des Ganzen zu befürchten ist, daß aber die konkrete Gestalt des Verbrechens (z. B. bei Räuberbanden ꝛc.) dem Staate schon die Aufsuchung und Ergreifung der Schuldigen so erschwert, daß es rathsam erscheint, einen schweren Zeit-, Arbeits- und vielleicht Menschenverlust zu sparen und den Zweck der Unterwerfung durch eine in Aussicht gestellte Begnadigung zu verfolgen, welche bewirkt, daß die Schuldigen einander verrathen.

Anm. — Der Grund a) ist der am allgemeinsten anerkannte [1]); die sehr wichtige Frage aber, ob nicht aus demselben Grunde auch ein Schärfungsrecht des Regenten für den entgegengesetzten Fall abgeleitet werden müsse, wird gewöhnlich übergangen, oder wenigstens an andrer Stelle abgehandelt [2]), wo dann die Verbindung

1) Kleinschrod Syst. Entw. II. §. 110. Feuerbach §. 63. Oersted S. 456—458. Marezoll S. 168. Mohl Wirt. Staatsr. I. S. 42.

2) S. z. B. Wächter I. S. 202. n. 55.

Digitized by Google

mit der vorliegenden Frage nicht gehörig hervortritt [1]). Die Sache ist aber um so bedeutsamer, als nicht etwa nur die (bei Wächter angef.) älteren Schriftsteller, neben andern abenteuerlichen Vorrechten, dem Regenten auch das der Strafschärfung zutheilten, vielmehr noch neuerdings von Maurenbrecher [2]) zwar dieses Recht verworfen, dagegen das Recht, mit Umgehung der Gerichte und Auslassung der gewöhnlichen Proceßformen Strafbefehle zu erlassen, so oft es das öffentliche Wohl erfordre, dem Regenten zugesprochen wurde. — Uebrigens ist es wieder eine bestrittene Frage, ob auch der Begnadigungsgrund, der aus den ausgezeichneten Verdiensten des Schuldigen und der Hoffnung, welche sich der Staat von seinen vorzüglichen Eigenschaften machen kann, hergenommen wird, zulässig sei? Oersted [3]) bejaht die Frage, falls es sich nicht von groben und schändlichen Verbrechen handle. Allerdings ist hier die Grenze zwischen dem Gebiete der rechtlichen und moralischen Rücksichten eine schwer, ja wohl unmöglich mit Bestimmtheit zu ziehende, wie denn auch hier Alles dem Gewissen des Staatsoberhaupts anheimgestellt bleiben muß. Man wird daher nur mit Mohl [4]) sagen können, der Regent dürfe auch dann, wenn die sittliche Persönlichkeit des Verurtheilten eine mildere Behandlung erlaube, Strafwürdigkeit und Strafe in ein billiges und kluges Verhältniß setzen. — Der Grund b) ist auch von solchen anerkannt, die sonst Gegner des Begnadigungsrechts sind, z. B. von Kant [5]). Endlich darf auch der Grund

1) Das Richtige trifft Kleinschrod Syst. Entw. II. §. 112. 113.
2) S. dagegen Zachariä Deutsch. Staats-R. II. S. 215. 216.
3) Grundregeln S. 461. 462.
4) A. a. O.
5) S. Oersted a. a. O. S. 458—460.

Digitized by Google

c) nicht unbedingt ausgeschlossen werden [1]); jedenfalls fallen, wenn hier stets ein specieller Begnadigungsakt erfordert wird, die meisten der Einwendungen weg, welche gegen eine für derartige Fälle ein für alle Male zugesicherte Begnadigung erhoben werden können. Treffend sagt Oersted: „So wichtig auch die strenge Beobachtung der Strafgesetze für die bürgerliche Gesellschaft ist, so kann doch nicht mit Fug angenommen werden, daß jede andre Betrachtung derselben weichen müsse, daß alles Andere, was dem Volke theuer und wichtig seyn kann, aufgeopfert werden müsse, damit kein erwiesener Uebertreter der Strafe entgehe, welche das Gesetz einmal für seine Uebertretung ausgesprochen hat, und am allerwenigsten kann man, ohne den gesunden Sinn zu verläugnen, behaupten, daß der Staat sein Dasein aufs Spiel setzen müsse, um ein Strafgesetz aufrecht zu erhalten, welches in dem gegebenen Falle nicht ohne Gefahr für den Staat, dessen Sicherheit doch das Ziel der Strafgesetze ist, durchgeführt werden kann [2])." — So wünschenswerth es nun aber ist, daß die Ausübung dieses höchsten Vorrechts, besonders wo es sein Motiv in Umständen sucht, die nicht unmittelbar mit der begangenen That selbst zusammenhängen, keinem — stets gefährlichen — Mißbrauche unterliegen möge [3]), so wenig ist es doch möglich, hier eine gesetzliche Schranke zu ziehen, da die Gründe für die Ausübung des Rechts lediglich dem Gewissen des Regenten anheimgestellt bleiben müssen, und von ihm nicht einmal die Angabe derselben verlangt werden kann, daher denn auch die Bestimmungen einiger

1) Oersted S. 460. 461.
2) Ders. S. 462. 463.
3) Mohl a. a. O. und die dort angef. Schriften von Machiavelli, Beccaria u. Filangieri.

Digitized by

Verf.-Urkunden in dieser Beziehung sehr allgemein haben ausfallen müssen [1]). Natürlich kann auch eben deshalb in konstitutionellen Staaten der Justizminister für die gedachte Ausübung nie verantwortlich gemacht werden. Nur soviel läßt sich allerdings gesetzlich als Schranke festsetzen, daß der Regent, wenn er blos die Strafe mildern will, eine in den Gesetzen anerkannte Strafart, und zwar nach Maßgabe der gesetzlich fixirten Skala der Strafarten zu wählen habe [2]). Außerdem liegt auch darin wenigstens eine sichernde Bestimmung, wenn grundgesetzlich vorgeschrieben ist, daß der Regent, ehe er das Vorrecht ausübe, immer ein Gutachten des erkennenden Gerichts einzufordern habe [3]). Von selbst versteht sich endlich, daß die Form der Ausübung nie den Schein eines richterlichen Ausspruchs involviren, daß also namentlich der Regent nie freisprechen oder (wo diese zweideutige Urtheilsform noch anerkannt ist) von der Instanz absolviren darf [4]).

§. 220.

Weil die Begnadigung keinen andern Zweck, als den der Gerechtigkeit hat, so ist sie auch an keine Zeit gebunden, wie sie denn zwar in dem Falle a (§. 219) erst nach erfolgtem Urtheilsspruch eintritt, dagegen in den Fällen b und c nothwendig die Form der Abolition oder Amnestie haben muß, welche schon vor der gerichtlichen Untersuchung eintreten theils müssen, theils können. Schon deshalb nun, weil es unter Umständen zum Besten des Ganzen nothwendig seyn kann, schon den Anfang einer Untersuchung zu verhin-

1) Wirt. Verf.-U. §. 97. Kurhessische §. 126.
2) Nach Wirt. Recht kann er mit Einwilligung des Schuldigen auch eine andere wählen. Hufnagel I. S. 285—287.
3) Wirt. Verf.-Urk. a. a. O.
4) Zachariä a. a. O. S. 214.

Digitized by Google

dern oder eine begonnene niederzuschlagen, erscheint die Begnadigung auch in der Form der Abolition unentbehrlich, obgleich ihre Ausübung hier dem Mißbrauche ganz besonders ausgesetzt ist. Insbesondere kann aber auch die Begnadigung erst während der Erstehung der Strafe eintreten, wenn nämlich zwar zur Zeit der Verurtheilung die gesetzliche Strafe in ihrem vollen Maße gerechtfertigt war, durch die eingetretene Besserung aber ihre Fortdauer als zwecklos erscheint.

Anm. — Es ist nicht zu läugnen, daß der Abolition mehr politische und rechtliche Bedenken [1]) entgegenstehen, als der Begnadigung im e. S., daher auch einige Verfassungs-Urkunden sie ausschließen [2]). — Insbesondere könnte es scheinen, als ob dem angeklagten Bürger ein unbedingtes Recht auf den gerichtlichen Spruch zuerkannt werden müsse, und als ob dieses Recht durch die mit der Abolition gewährten Vortheile [3]) nicht aufgewogen werde [4]). Allein erstere Behauptung wäre nur dann richtig, wenn die Gnade dem Recht als bloß subjektive Willkühr entgegenstünde, wogegen sie als die objektivste Gerechtigkeit aufgefaßt werden muß. (Da dies auch Abegg thut, so ist seine Verwerfung der Abolition ohne Grund). Jedenfalls muß aber der im Paragraphen angeführte Grund für die Anerkennung des Abolitionsrechts genügen [5]). Nur ist es passend, das Abolitionsrecht, das an und für sich gleichfalls dem Gewissen des Staatsoberhauptes anheimgestellt bleiben muß, noch mehr, als die Begnadigung im e. S., mit sichern-

---

1) S. Kleinschrod. Syst. Entw. II. S. 294. Spangenberg. N. Arch. XIII. S. 355 ff. Abegg, Lb. S. 249.
2) Z. B. Bair. Verf.-Urk. Tit. 8. §. 4.
3) Mohl a. a. O.
4) Marezoll, Lb. S. 170. n. 2.
5) S. auch Oersted, S. 463. 464. Zachariä a. a. O. S. 212.

Digitized by

den Formen zu umgeben, namentlich also seine Ausübung durch ein anrathendes Gutachten des (hiefür dann natürlich verantwortlichen) Justizministers [1]), oder durch ein Gutachten des höchsten Gerichts [2]) zu bedingen. —

§. 221.

Die Begnadigung ist aber endlich bei allen Verbrechen möglich und kann sich auf alle strafrechtlichen Folgen derselben erstrecken, jenes, weil bei allen Verbrechen eine innere Aufhebung der sittlichen Negation durch die unendliche Macht der Subjektivität möglich, hievon aber die Begnadigung nur der objektive Ausdruck ist, — dieses, weil nach innerer Aufhebung des Verbrechens die Fortdauer der äußeren Strafe als wesen- und zwecklos erscheint. Was von den strafrechtlichen Folgen gilt, das gilt jedoch nicht auch von den privatrechtlichen, gleichwie auch aus Gründen, die im Organismus der Staatsverfassung liegen, eine Beschränkung des Begnadigungsrechts (besonders in der Form der Abolition) in Beziehung auf Dienstverbrechen der Staatsdiener oder Verfassungsverletzungen sich rechtfertigt. Endlich folgt aus dem Wesen der Begnadigung, als eines Akts lauterer Gerechtigkeit, daß einerseits die Ertheilung der Gnade nicht durch ein Gesuch des Angeschuldigten bedingt, andrerseits ihre Ausführung nicht von der Einwilligung des Letzteren abhängig seyn kann.

Anm. — Der Satz, daß die Begnadigung bei allen Verbrechen möglich sei und auf alle strafrechtlichen Folgen derselben sich erstrecken könne, erlitt im gemeinen deutschen Rechte verschiedene Beschränkungen, die im modernen Staate nicht mehr festgehalten werden sollten. Sonderbar ist es übrigens, im römischen Rechte [3]) neben

1) Wirt. Verf.-Urk. §. 97.
2) Braunschw. Landsch.-Ordnung. §. 208.
3) Marezoll, bürgerl. Ehre. S. 78 ff. 261 ff.

Digitized by Google

der ſchrankenloſen Dispenſationsbefugniß des Regenten, vermöge deren er ſogar in rechtshängige Streitſachen willkührlich eingreifen und ſie im Widerſpruch mit dem Geſetze beendigen konnte, den Grundſatz zu finden, daß bei gewiſſen Verbrechen die Begnadigung (der Theorie nach) ganz ausgeſchloſſen ſeyn ſolle. Eben ſo wenig ſind aber wohl die unendlich vielen Abſtufungen der Gnade zu billigen, wie ſie aus dem römiſchen Rechte ſich herſchreiben, obgleich an ſich nichts dagegen zu ſagen iſt, wenn die Begnadigung nach den Momenten des Falls in verſchiedenem Maße ertheilt, wenn namentlich in Beziehung auf die bürgerlichen Ehrenrechte hier eine weiſe Mäßigung gebraucht wird [1]). Daß jedenfalls die Begnadigung die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens nicht aufheben könne, iſt allgemein anerkannt. Dagegen wäre es ſehr am Platze, wenn neuere Geſetzgebungen beſtimmte Normen über die ſtrafrechtlichen Folgen der Begnadigung treffen wollten, um die jedenfalls ärgerlichen und der Würde der Sache nicht zuträglichen Streitigkeiten über die Auslegung der Begnadigungsdekrete zu vermeiden [2]) (in dieſer Rückſicht waren die römiſchen Beſtimmungen nicht zu tadeln), insbeſondre auch darüber zu entſcheiden, ob ein Verbrechen, hinſichtlich deſſen Begnadigung erfolgt iſt, beim Rückfall mit berückſichtigt werden ſoll, oder nicht [3]). — Wenn nun aber als Princip aufgeſtellt wird, daß die Gnade die Macht haben müſſe, alle ſtrafrechtlichen Folgen des Verbrechens zu tilgen, und daß kein Verbrechen davon ausgeſchloſſen ſeyn könne, ſo iſt damit nicht geſagt,

1) Hufnagel, Komm. I. S. 287.
2) Heffter §. 184. n. 8—10.
3) Das wirt. Recht entſcheidet hier anders, als bei der Verjährung. Hufnagel I. S. 274. Vgl. Abegg, N. Arch. 1834. S. 445.

Digitized by Google

daß nicht aus ſtaatsrechtlichen Gründen Ausnahmen ſtattfinden könnten, die übrigens nur ſcheinbare Ausnahmen ſind, weil es ſich hier von der Begnadigung, nicht im Sinne eines Akts der Gerechtigkeit, ſondern im Sinne eines partheilichen Aktes handelt [1]). In dem Weſen eines Staatsverfaſſungsorganismus liegt nämlich die Forderung eines eigenthümlichen (daher am beſten auch formell ganz von den gewöhnlichen Gerichten abgeſonderten) Staatsgerichts, das die Beſtimmung hat, Verfaſſungsverletzungen und Amtsmißbräuche von Seiten der höchſten Staatsbeamten, insbeſondere derer, welche die Verantwortlichkeit für die Handlungen des Centralwillens im Staate übernehmen, zu beſtrafen. Es iſt klar, daß in Beziehung auf ſolche Straffälle der Regent relativ als partheilich gelten und deßhalb ſein Begnadigungsrecht beſchränkt ſeyn muß, daher die Beſtimmungen ſolcher Verfaſſungs-Urkunden, welche das Gegentheil feſtſetzen (wie die franzöſiſche, niederländiſche, bairiſche, badiſche ꝛc.), nicht für richtig gehalten werden können. Andrerſeits aber iſt das Staatsoberhaupt in ſolchen Straffällen eben auch nur relativ Parthei, ſoweit es ſich nämlich in dem angeklagten Beamten, als ſeinem Organe, als Exekutivgewalt im Gegenſatze zur geſetzgebenden befindet. Deshalb muß allerdings, ſoweit es ſich von der Strafe der Amtsentſetzung handelt, die Begnadigung überhaupt, ja ſelbſt die ſpätere Wiederanſtellung des Angeklagten (ſoweit ſie nicht etwa im Urtheile vorbehalten war) ausgeſchloſſen ſeyn. Denn es iſt offenbar, daß im Gegentheile der Regent es in der Hand hätte, die ganze Wirkſamkeit des Staatsgerichts und folgeweiſe der geſetzgebenden Gewalt ſelbſt zum leeren Scheine herabzuſetzen. Eben daher darf auch

1) S. die Schrift von Mohl über die Miniſterverantwortlichkeit.

Digitized by Google

in solchen Fällen Abolition unter keinen Umständen erfolgen. Dagegen liegt es auch wieder im Wesen eines organisch-konstituirten Staats, daß hier der Regent unter keinen Umständen eine bloß partheiliche Stellung haben kann, und in der That steht auch in den fraglichen Fällen einer Begnadigung in Beziehung auf alle andern, das Amtsverhältniß des Schuldigen nicht unmittelbar berührenden, Strafen um so weniger etwas im Wege, als einerseits der Hauptzweck des Staatsgerichts wesentlich der ist, die amtliche Thätigkeit des Schuldigen als nichtig zu bezeichnen, andrerseits eben bei solchen Verbrechen der Persönlichkeit des Schuldigen sehr intensive Milderungsgründe zu Statten kommen können. Deshalb ist wohl auch das andre Extrem, wie es das englische und nordamerikanische Staatsrecht enthält, daß nämlich in solchen Fällen die Begnadigung ganz ausgeschlossen seyn soll, gleichfalls nicht zu billigen. Einen sehr richtigen Mittelweg geht hier die wirt. Verf.-Urkunde. Ueber den Satz endlich, daß die Wirksamkeit der Begnadigung durch den Verzicht des Begnadigten nicht ausgeschlossen werden könne, sind wohl die meisten Kriminalisten jetzt einig [2]), wie er denn auch in gesetzgebenden Versammlungen ausgesprochen und in Reskripten bestätigt wird [3]). Eine eigene Ansicht war im Cod. jur. Bav. crim. v. J. 1751 aufgestellt, sofern dieser zwar für die Regel nach dem irrig angewandten Grundsatz: beneficia non obtruduntur entschied, dagegen

1) Wirt. Verf.-Urk. §. 205., ebenso die Meiningische §. 106.

2) S. besonders Oersted S. 464—471. Trummer, Beitr. zur Phil. d. Rechts. S. 195. Hefftter, §. 184. n. 7. Marezoll, S. 170. Wächter, I. S. 262. n. 8. Zachariä, D. Staats-R. II. S. 215. Mohl, wirt. Staats-R. I. §. 42. A.M. Roßhirt, Entw. S. 423.

3) S. Mittermaier n. 5 zu Feuerbach §. 63.

Digitized by

bei Leibes- und Lebensstrafen eine Ausnahme machte, weil „über sein Leib und Leben Niemand uneingeschränktes Eigenthum und Herrschaft besitze."

Nachdem der erste Theil das Verbrechen und die Strafe an sich abgehandelt hat, so wären denn im zweiten Theile die Verbrechens- und Strafarten darzustellen.

Da jedoch die Ausführung des ersten Theils einen größeren Raum eingenommen hat, als daß sich hier der zweite noch in dem ihm gebührenden Umfange anschließen könnte, — da ferner der dritte Theil des Systems, welcher den Strafproceß zu enthalten hat, ohnedies von der gegenwärtigen Darstellung ausgeschlossen bleibt, so schien es gerathen, hier den Band zu schließen, um so mehr, als es zweckmäßiger seyn dürfte, den zweiten Theil des Systems unmittelbar mit der geschichtlichen Darstellung der Verbrechens- und Strafarten des positiven Rechts zu verflechten, welche einem zweiten Bande vorbehalten bleibt.

Digitized by Google